Staatl. Bibliothek
Regensburg

Inv. 567

# D. Justus Claproths

Königlich-Grosbritannisch- und Churfürstlich-Braunschweig-Lüneburgischen Hofraths, ordentlichen Lehrers der Rechte, und Beysizers der Juristen-Facultät, Mitgliedes der Königlichen Landwirthschaftsgesellschaft zu Zelle und der hiesigen teutschen Gesellschaft, auch der Fürstlich Hessen-Casselischen Gesellschaft des Ackerbaues und der Künste

# Einleitung

in

den ordentlichen

# bürgerlichen Proceß.

Zum Gebrauche

der practischen Vorlesungen.

---

## Erster Theil.

---

Dritte vermehrte Auflage.

Göttingen,

im Vandenhöck, Ruprechtschen Verlage

1795.

Staatl. Bibliothek
Regensburg

# Vorrede.

## der ersten Auflage.

Ich erfülle jezo einen Theil des Versprechens, welches ich vor drey Jahren am Ende der Vorrede zu meiner kurzen Vorstellung des Processes gethan habe. Von der versprochenen umständlicheren Ausführung des Processes liefere ich den ersten Theil. Es schien mir nüzlich zu seyn, den ersten Abschnitt von ausergerichtlichen Mitteln, sein Recht zu verfolgen, voraus zu schicken. Ich hoffe dadurch das Gute zu stiften, daß sich mancher Sachwalter oder Parthey vor schädlicher oder doch unüberlegter Selhsthülfe hütet, und der Weg zur schiedesrichterlichen Untersuchung und Entscheidung häufiger betreten wird, als es bisher geschiehet. Wenn aber einmahl der gerichtliche Weg betreten werden soll, so gehöret die ganze Lehre von der Gerichtsbarkeit, von dem Gerichtsstande, von allen zum Gerichte gehörigen Personen, nebst der Gerichtsverfassung, zu augenscheinlich zur Vorbereitung der processualischen Lehre, als daß ich diesen Materien hier nicht einen Ort hätte anweisen sollen. Ich habe mich bemühet, diese Lehre so vollständig und so allgemeinnüzig vorzutragen, als es möglich

war. Nisi vtile est, quod facimus, stulta est gloria. Dennoch muß ein jeder in seinem Lande sich um den Gerichtsstand und Verfassung der Gerichte noch besonders bekümmern, und die Abweichungen bemerken. Ich würde sonst durch Anführung besonderer Verfassungen in ein unermesliches Feld gerathen seyn, dessen Bearbeitung doch immer nur von lokalem Nuzen, und vor alle übrige, deren Vaterlandsrechte es nicht betrift, desto ekelhafter gewesen seyn würde. Wenige Materien gehören ganz vor die hiesigen Lande; diese habe ich in dem vorgesezten Inhalte bemerket, mithin kann man nach Belieben darüber hinwegeylen. Will jedoch ein junger Mann sich in seinen Landesgesezen umsehen, welches ich bestens empfehle, so hat er nunmehro Fächer vor sich, wo er sein Landesrecht, und was ihm sonst beym Nachlesen weiter vorkommt, eintragen kann. Nach abgehandelter Gerichtsverfassung muste ich im sechsten Hauptstück die Lehre von Commissionen freylich theoretisch, aber auch so vortragen, wie man sich bey der würklichen Anwendung verhalten muß. Diese Lehre macht offenbahr einen Theil von der Gerichtsverfassung aus, und muste daher unter die processualischen Materien mit aufgenommen werden. Zu den vorbereitenden Materien gehöret aber auch augenscheinlich das siebente

Ca-

Capitul von den ſtreitenden Theilen. Vielleicht bin ich ſo glücklich, durch dieſe Ausführung die ſo nöthige, aber nur gar zu oft vernachläſſigte Aufmerkſamkeit auf gehörige Beſtimmung der ſtreitenden Theile rege zu machen. Möchten doch auch die Vorſchriften, welche ich im achten und neunten Hauptſtück von Fürſprechern und Sachwaltern, hoffentlich ſo vollſtändig als überzeugend gegeben habe, ſo wie das Bild, welches ich von den Gerichtsperſonen §. 45. u. f. entworfen habe, recht tiefen, recht geſeegneten Eindruck machen: dann würden alle dieſe Perſonen ihre wahre Würde, als Prieſter und Diener der Gerechtigkeit, nicht allein in den Augen der Menſchen behaupten, ſondern auch dem Richter, dem nichts verborgen iſt, und der recht richtet, angenehm ſeyn. Ein jeder angehender Rechtsgelehrter ſollte, wenn er ſeiner Beſtimmung keine Schande machen will, neben gründlicher Erlernung der Wiſſenſchaften, ſich nach allen Kräften bemühen, der rechtſchaffenſte, ordentlichſte und fleiſſigſte Mann zu werden. Sonſt iſt er eben ſo wenig ein Rechtsgelehrter, als der ein Gottesgelehrter iſt, der keinen Gott und keinen Teufel glaubet, und dieſen Grundſäzen gemäs handelt. Kenntniß und Liebe zur Religion ſeze ich bey jedem billig voraus. Von moraliſchen Grundſäzen rathe ich Ciceros Buch

de officiis sich fleisig bekannt zu machen, und möglichst zu befolgen. Ich bin gewis, daß alsdenn nicht leicht Anwandelungen von Nachläsigkeit, Unordnung und Unredlichkeit aufsteigen werden. Er kannte den Menschen als Philosoph und die Welt als Staatsmann. Selbst Staatsmänner sollten ihn nicht aus der Hand legen. Friederich der Einzige in der litterature allemande nennt dieses Buch: le meilleur ouvrage de morale, qu'on ait ecrit, et qu'on ecrira. Wer nicht alle Begriffe von innerer Zufriedenheit, Ehre und Schande bey sich erstücket hat, dem wird die Erinnerung der möglichst getreuen Erfüllung seines Berufes, der Ordnung in dem kleineren Zirkel seines Hauswesens, der strengesten bey seinen Handlungen beobachteten Gerechtigkeit, so viel Beruhigung und Erquickung geben, daß er es der Mühe werth finden wird, auf diesem Pfade weitere Schritte zu thun. Wer nicht selbst verdorben ist, wird sich alsdann auch vor den mancherley Ungerechtigkeiten und Unordnungen scheuen, die auf Universitäten im Schwange zu gehen pflegen, und so erndten, wie er gesäet hat. Selten, aber doch zu spät werden häufig die academischen Grundsäze mit besseren verwechselt, und so stehet man in der grossen Gefahr, künftig ein schlechter Diener des Landesherrn, ein unerträglicher Ehemann

und

und noch schlechterer Vater zu werden. Wissenschaften ohne Tugend und Sitten sind tönend Erzt und klingende Schellen. Der heisse Wunsch, wahre Glückseeligkeit zu befördern, hat mir diese Einschaltung abgenöthigt, und ich nehme den verlassenen Faden wieder zur Hand. Das zehnte Hauptstück von Notarien wird man hier auch mit Recht erwarten. Das eilfte Hauptstück muste vor dem Gange des Processes mitgenommen werden, weil man wissen muß, was Hauptklage, und was nur eine Vorbereitung derselben, oder ein beyläufiger, oder damit verbundener Punct, und wie weit etwas des Richters Willkühr überlassen ist, oder nicht. Mit diesen Materien schliessen sich die allgemeine Vorerkänntnisse der Lehre vom Proceß. Ich habe auser dem gemeinen Rechte mich vorzüglich bemühet, die Reichsgeseze und Vorschriften der höchsten Reichsgerichte umständlich anzuführen, weil doch nach diesen die übrigen Gerichte, so viel thunlich, eingerichtet seyn sollen. Conc. II. 31. 9. Deput. Absch. von 1600. §. 15. R. A. von 1654. §. 137. So lange also keine abweichende Vorschriften oder Gerichtsgebräuche vorhanden sind, können selbige als Regul angesehen werden. Auch die Zeugnisse der Alten wird man hier, wie ich hoffe, nicht am unrechten Orte finden. Was Quinctili-

ctilian und Cicero über den Vortrag der Sachen gedacht haben, wird man gerne lesen, und ihnen als Leuten glauben, welche die ganze Verehrung der Nachwelt verdienen. Ja man hat in unsern Tagen in Teutschland und Dännemark angefangen, ersteren aus dem Schulstaube wieder an das Licht zu bringen. Und dieser saget instit. orat. X. I. 112. vom Cicero: regnare dicebatur in iudiciis. Hunc igitur spectemus; hoc propositum nobis sit exemplum; ille se profeciſſe sciat, cui Cicero valde placebit. Es wird keinen denkenden Rechtsgelehrten gereuen, sich mit diesen Schriftstellern selbst bekannt zu machen. Nur da, wo sie vom Declamiren und dem Anstande handeln, und in ihren Eintheilungen zu spizfindig werden, mithin zu weit gehen, kann man sie unbefolgt lassen. Sollte man auf verzeyhliche Nachläsigkeiten stosen, so bitte ich sie nicht auf Rechnung der Gemächlichkeit oder Gleichgültigkeit gegen das Publicum zu sezen, sondern der Menge der Materien, und den überhäuften Geschäften zuzuschreiben, welche mit meinem Amte verbunden sind. Gott lasse diese Arbeit zur Verherrlichung seiner Ordnung, und zum Besten des Nächsten gesegnet seyn! Göttingen in den Osterferien 1779.

---

Vor-

# Vorrede

## Zu dieser dritten Auflage.

Ich habe bey dieser neuen Auflage im Wesentlichen wenig oder nichts geändert, und nur hin und wieder einige Zusäze, mithin die vorige Ausgabe nicht unbrauchbahr gemachet. Diese Zusäze besonders abdrucken zu lassen, würde den Besizern der lezteren Ausgabe durch Nachschlagen oder Nachtragen mehr Beschwerlichkeit verursachen, als die Anschaffung dieser neuen Auflage werth ist. Göttingen im Januar 1795.

# Inhalt.

## Erster Abschnitt

### von ausergerichtlichen Mitteln sein Recht zu verfolgen.

### Erstes Hauptstück

#### von der erlaubten Selbsthülfe.

§. 1. Blos vollkommene Verbindlichkeiten begründen ein Zwangs- und Klagerecht. Wie weit aus der blosen natürlichen Billigkeit Klagen entspringen. Note b. §. 2. Selbsthülfe ist gemeiniglich unerlaubt. Verschiedenheit der teutschen und römischen Verfassung in diesem Stücke. §. 3. Fälle, worinn das römische Recht die Selbsthülfe erlaubet. Die römischen Strafen der Selbsthülfe finden bey uns keine Anwendung. §. 4. Von der nach teutschen Gesezen erlaubten Selbsthülfe. §. 5. Erlaubte Selbsthülfe nach dem Staats- und Lehnrechte.

### Zweytes Hauptstück

#### von schiedsrichterlicher Untersuchung und Entscheidung.

§. 6. Begrif und Abtheilungen. §. 7. Von den compromittirenden Personen. §. 8. Vom Schiedesrichter und Obmann. §. 9. Von den verschiedenen Verträgen. a) Vom Compromiss und dessen Würkungen. §. 10. b) Von der Uebernahme des Compromisses und dessen Würkungen. §. 11. Von der Art des Verfahrens. §. 12. Von der Würkung des Ausspruches. §. 13. Von der Art, sowohl das Compromiss als die Uebernehmung desselben zu trennen: Formular.

Zwey-

# Inhalt.

## Zweyter Abschnitt.

von der Gerichtsbarkeit, Verfassung der Gerichte, den dazu gehörigen Personen; von Commissionen und den streitenden Haupt- und Nebenpersonen.

### Drittes Hauptstück

von der Gerichtsbarkeit, vornehmlich in ihrer heutigen Gestalt.

§. 14. Wenn weder Selbsthülfe gebrauchet wird, noch schiedesrichterlicher Ausspruch Statt findet, so muß gerichtliche Hülfe gesuchet werden. §. 15. Begrif; Quellen dieser Lehre. §. 16. Ein jeder Richter erkennet über dasjenige, was zur Handhabung seiner Gerichtsbarkeit gehöret. §. 17. Vom Gerichtssprengel. §. 18. Unterschied der Ober- und Untergerichte. §. 19. In wie ferne sich der Landesherr in Rechtssachen mischen könne. §. 20. Von den Gegenständen der Gerichtsbarkeit, a) von der freywilligen und streitigen Gerichtsbarkeit. §. 21. b) Von der bürgerlichen und peinlichen Gerichtsbarkeit. §. 22. Gränzen der hohen uneingeschränkten und niederen Gerichtsbarkeiten. Deren Beweis im Besitz- und im Rechtsstande, auch Vermuthung im zweifelhaften Falle. § 23. c) Von der geistlichen Gerichtsbarkeit. Wer sie ausübet. Unterschied der blos geistlichen (caus. eccl. merae) und gemischten Sachen (mixtae). Wer und was vor Sachen davon ausgenommen. §. 24. Von der eigenthümlichen und patrimonial-Gerichtsbarkeit, sowohl der uneingeschränkten (omnimoda, geschlossene, beschloßte Gerichte, vogteyliche Herrlichkeit), als der niederen. Von Zaun- Pfahl- Hof- und Strafengerichten. Ursprung; wem sie der Regul nach zukomme; Verbindlichkeit des Gerichtsherrn wegen der Versehen des Gerichtshalters. Was dem Landesherrn und seinen Obergerichten dabey vor Gewalt zustehe; wie weit die Strafen den Gerichtsherren gebühren; der Judenschuz hänget nicht

von

# Inhalt.

von dieser Gerichtsbarkeit ab. §. 25. Von den Kriegsgerichten nach hiesigen Landesrechten. §. 26. Von der Lehnsgerichtsbarkeit in erster und zweyter Instanz. §. 27. Von der Forst- und Jagdgerichtsbarkeit, besonders nach hiesigen Landesverordnungen, sowohl in Ansehung des Forsthaushalts und der Forstpolizey, als der Forstfrevel. §. 28. Von Bergwerks- Salz- Handels- Admiralitäts- Vogt- Häger- Meyerdings-Gerichten die blose Anzeige. §. 29. Von Land- oder Wrogengerichten. Dabey hat kein ordentliches Verfahren und der Regul nach keine Appellation Statt. Note aa. Was vor Sachen auf den Landgerichten abgethan zu werden pflegen.

## Viertes Hauptstück

### von dem Gerichtsstande überhaupt (competentia iudicis).

§. 30. Von der unabwendlichen Unstatthaftigkeit (incompetent. absoluta). §. 31. Von Erstreckung der Gerichtsbarkeit (prorogatio). §. 32. Von den allgemeinen Gerichtsständen 1) in Ansehung des Geburtsortes und dessen heutigem Gebrauch; 2) des Wohnungsortes. Von Fremden. §. 33. Vom Gerichtsstande der Gesandten. §. 34 Von dem Gerichtsstande des begangenen Verbrechens. §. 35. Vom Gerichtsstande der belegenen Sache. §. 36. Vom Gerichtsstande eines geschlossenen Contracts und geführten Verwaltung. §. 37. Wie ferne Regenten vor ihren eigenen Gerichten belanget werden können. §. 38. Vom Gerichtsstande des landsässigen Adels in persönlichen und dinglichen Streitigkeiten. §. 39. Vom Gerichtsstande der Hofleute. §. 40. Von dem befreyten Gerichtsstande der herrschaftlichen würklichen und titulair-Bedienten und anderer canzleysässigen Personen. Von Forst- Licent- Postbedienten; herrschaftlichen uncharacterisirten Pächtern; Advocaten; Gerichts-Personen und Gerichtsbedienten; Stiftern; Städten; Magistratspersonen. §. 41. Von mitleydswürdigen Personen. §. 42. Von dem Gerichtsstande der Frau, Kin-

# Inhalt.

Kinder und Hausgenossen. Ausnahme bey Kriegsleuten, Wodurch Witwe und Kinder den Gerichtsstand des verstorbenen Vaters oder Ehemannes verliehren. §. 43. Von der Rechtshängigkeit. Grund derselben. Anfang. Würkung. §. 44. Von der concurrirenden Gerichtsbarkeit und von der Prävention. Die concurrirende Gerichtsbarkeit äusert sich 1) im Concurs; 2) bey den Richtern der belegenen Sache und des Wohnorts; 3) wenn eine Civil- und Militairpersonen in hiesigen Landen belanget werden soll, nach hiesigen Gesezen. 4) Wenn zweyen Gerichten gleiche Gewalt verliehen ist. Von dem Reichshofrath. Von der Concurrenz und Verfassung der Canzleyen und Hofgerichte in den Reichslanden.

## Fünftes Hauptstück

### von den Gerichtspersonen.

§. 45. Von der Fähigkeit, Eigenschaften und Verbindlichkeiten des Richters. §. 46. Vom verdächtigen Richter. §. 47. Von Beysizern. §. 48. Vom Gerichtsort und der Sizung des Gerichts. §. 48. a von Ferien. §. 49. Von Secretarien, Actuarien oder Gerichtsschreibern und von Protocollen. §. 50. Von Registratoren und der Gerichts-Registratur. §. 51. Von Canzellisten oder Schreibern. §. 52. Von Obervögten, Landbereutern, Executoren, Pedellen, Gerichtsdienern, Gerichtsboten. §. 53. Von gerichtlichen Siegeln.

## Sechstes Hauptstück

### von Commissionen.

§. 54. Was eine Commission sey und deren verschiedene Gattungen, entweder auf die ganze Sache, oder einzelne Handlungen. Werden entweder aus eigener Bewegnis oder auf Ansuchen erkannt. §. 55. Welche Sachen die commissarische Behandlung nothwendig erfordern, und bey welchen sie blos rathsam ist. §. 56. Wer Commission erkennen könne. Wie weit

weit der Landesherr Commissionen rechtmäsig ernenne. Wie ferne Obergerichte die ganze Sache einem andern auftragen dürfen. §. 57. Wem Commission ertheilet werden könne. In Kriegs = und Consistorialsachen. In Sachen verschiedener Religionsverwandten. Vom Vorschlage der Partheyen. Von mehreren ernannten Commissarien. §. 58. Von dem Auftragsschreiben (commissorium). Dessen Auslegung. Art des Verfahrens. Wie weit die Appellation eingeschränket werden könne. §. 59. Von der Verbittung einer erkannten Commission überhaupt, und eines oder mehr ernannten Commissarien von Seiten der Partheyen. §. 60. Von der Verbittung der aufgetragenen Commission von Seiten des Commissarius. §. 61. Von Subdelegationen. §. 62. Von Ausrichtung des Auftrages. Mittel, den saumseeligen Commissarius anzutreiben. Wie weit der Commissarius andere Gerichtsunterthanen vorladen könne. Von der ihm gebührenden Achtung. Von den Gebühren. § 63. Von der Appellation und übrigen Rechtsmitteln wider einen commissarischen Ausspruch. §. 64. Von der Erlöschung einer Commission.

## Siebentes Hauptstück

### von den streitenden Theilen.

§. 65. Nöthige Sorgfalt in Ansehung der streitenden Theile. Fälle, bey welchen es nicht auf genaue Bestimmung der streitenden Theile ankommt. §. 66. Weder mehrere noch wenigere Personen, als zur Sache gehören, müssen auftreten. §. 67. Von der Fähigkeit, streitige Gerichtshändel zu betreiben, sowohl der natürlichen als der bürgerlichen. §. 68. Vom Rechte armer Partheyen. §. 69. Von der Gleichheit beyder streitenden Theile, und wie weit der eine vor dem anderen einen Vorzug habe. §. 70. Nähere Bestimmung des Klägers nach den verschiedenen Gattungen der Klagen. Wie sich herrschaftliche Beamten wegen der ihrer Aufsicht und Verwaltung anvertrauten Güther und Gerechtsame; wie sich Geistliche wegen der Kirchen- und anderer geistlichen Güther und Gerechtsame zu verhalten haben. §. 71. Nähere Bestimmung

des

# Inhalt.

des Beklagten wiederum nach Verschiedenheit der Klagen.

## Achtes Hauptstück

### von Fürsprechern (aduocatis).

§. 72. Begrif eines Fürsprechers und von der Fähigkeit, die gerichtliche Fürsprache zu betreiben. §. 73. Pflicht der Fürsprecher bey Uebernehmung einer Sache. Note g. Von der Einsicht der gerichtlichen Acten. Note h. Von der Ordnung und Zurückliefe-rung der Manualacten. §. 74. Pflicht des Fürspre-chers a) in Ansehung der Redlichkeit und von Bestra-fung der Anzüglichkeiten von aller Art. §. 75. Pflicht des Fürsprechers beym Vortrage der Sache b) in An-sehung der Förmlichkeiten. §. 76. c) in Ansehung des Vortrages der Sache selbst, Schreibart. Ordnung der Ausführung. Vortrag der Thatsachen, der Rechts-säze und der Bitte. §. 77. Von den Irrthümern der Fürsprecher und Sachwalter. §. 78. Von der Beloh-nung des Fürsprechers. §. 79. Von dessen Vorzügen. §. 80. Von Endigung des Fürsprecheramts.

## Neuntes Hauptstück

### von Sachwaltern, Anwälden (procurator).

§. 81. Benennung und Begrif der gerichtlichen und ausergerichtlichen Sachwalter. Unterschied des-selben in Ansehung des Geschäfteträgers; des freywil-ligen Vertheydigers; des Sachwalters zu seinem eige-nen Besten; des Sollicitanten. §. 82. Wer den Sach-walter bestellen, oder wer dazu ernannt werden könne. Von Syndicen der Gemeinheiten und Stifter. Welche Sachen keinen Bevollmächtigten leyden. §. 83. Von Afteranwälden. §. 84. Von muthmaslichen Sachwal-tern. §. 85. Von der Vollmacht. §. 86. Von dem Eigenthume des Rechtsstreites. §. 87. Von der Pflicht der Sachwalter. §. 88. Von der Aufhebung der Voll-macht.

Zehn-

# Inhalt.

## Zehntes Hauptstück

### von Notarien.

§. 89. Begrif und Unterschied der Notarien. §. 90. a) Wer Notarien zu ernennen die Befugnis hat. Von kayserlichen, päbstlichen, bischöflichen Notarien. Von Comitiven. §. 90. b) Wer dazu ernannt werden kann. Vom Notariateyde. §. 91. Geschäfte, welche vor die Notarien gehören. §. 92. Vom Protocoll der Notarien. §. 93. Form der Notariaturkunden. §. 93. Von der Würde und Belohnung der Notarien. §. 94. Von der Verantwortung der Notarien.

## Eilftes Hauptstück

### von Bestimmung der Ordnung der Sachen, (ordo causarum) und deren verschiedenen die Hauptsache nicht betreffenden Gattungen 1) causae praeparatoriae, 2) praeiudiciales, 3) incidentes, 4) connexae, 5) arbitrariae.

§. 95. a) Von Sachen, die überall kein gerichtliches Verfahren gestatten; b) weswegen vorerst noch nicht geklaget werden kann. §. 96. Von den vorbereitenden Gesuchen (causae praeparatoriae) und zwar a) in Ansehung der Gerichtsbarkeit. §. 97. Von den vorbereitenden Gesuchen b) in Ansehung der streitenden Theile. §. 98. c) in Ansehung der Sache selbst. §. 99. Von den vorläufig zu untersuchenden Sachen (causae praeiudiciales). §. 100. Von beyläufig zu untersuchenden Streitpuncten (causae incidentes). §. 101. Von verbundenen Sachen (causae connexae, coniunctae, continentia causarum). §. 102. Von Sachen, die vom Willkühr des Richters abhangen.

---

Erster

# Erster Abschnitt
## von
## ausergerichtlichen Mitteln sein Recht zu verfolgen.

### Erstes Hauptstück
### von
### der erlaubten Selbsthülfe.

#### §. 1.

**Blos vollkommene Verbindlichkeiten begründen ein Zwangsrecht.**

Immer wird vorausgesezet, daß demjenigen, welcher zu Verfolgung seines Rechts Zwangsmittel zu gebrauchen gedenket, eine vollkommene Befugnis zustehe *a*). Diese wird durch Verträge, Verordnungen, Gewohnheitsrecht, entweder ausdrücklich, oder durch eine richtige Schlusfolge, oder durch eine deutliche Regul der natürlichen

Billigkeit *b*), die nicht durch Gesetze oder Gewohnheitsrecht verworfen ist, und eine vollkommene Befugnis zum Grunde hat, begründet. Kurz, sie muß so beschaffen seyn, daß derjenige, welcher unserer Befugnis entgegen handelt, auch wieder seinen Willen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gezwungen werden kann. Die Pflichten der Menschenliebe, Gastfreyheit, Höflichkeit, liegen also auser den Gränzen der vollkommenen Verbindlichkeit *c*). Der Gesezgeber kann zweifelhafte Verbindlichkeiten zu vollkommenen erheben, nicht aber kann er würklich unvollkommene ohne Ungerechtigkeit durchsezen, woferne nicht das gemeine Beste solches erfordert *d*). So haben die römischen Rechtsgelehrten bey den Pollicitationen gedacht, deren Verbindlichkeit in Deutschland nicht zu bezweifeln stehet. STRYCK us. mod. tit. de pollicitat. Das Gelübde ist zwar aus dem falschen Satze geflossen, daß eine Creatur dem Schöpfer etwas versprechen könne; allein wenn das Gelübde blos zum Besten von Kirchen, Schulen und andern milden Anstalten gereichen soll, so kann es noch immer als eine zum allgemeinen Besten geschehene Pollicitation, auch in protestantischen Ländern angesehen werden. Sonst bindet ein Gelübde, wobey kein dritter interessirt ist, nicht, und ist eine Lossprechung von selbigem unter Protestanten ungedenkbahr.

*a*) L. 8. D. de O. et A. (XLIV. 7.), L. 108. D. de V. S., de PVFENDORF Ius Nat. & Gent. 1. 7. 7., CIC. de Off. l. c. 1.

*b*) Hierher gehört vorzüglich der Grundsaz, was mir nöthig ist, dir aber nicht schadet, dazu bist du verbunden. arg. L. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluv.

pluv. arc. (XXXIX. 3.), HERT. D. de seruit. nat. constit. in proleg. §. 7., PVFEND. de I. N. et G. Lib. 3. c. 3. §. 1-3. So sehr die übrigen berührten Grundlagen der Verbindlichkeiten in die Augen leuchten, so sehr ist die Frage nach den Lehrbegriffen bezweifelt, ob aus der blosen natürlichen Billigkeit Klagen entspringen. Ein Saz, der zu sehr nach den alten römischen Formuln schmecket, als daß heut zu Tage davon Gebrauch gemachet werden könnte. Die tägliche Erfahrung ist vor deren Zulässigkeit, und folgende Gründe unterstüzen sie: 1) Selbst die römischen Rechtsgelehrte, nicht blos die, welche unter dem Kayser Augustus gleichsam gesezliche Gutachten ertheilten, haben manche Klagen aus diesem Grunde eingeführet, welche in keinem Geseze weder ausdrücklich, noch stillschweigend bestimmet waren. 2) Das geistliche Recht, welches in processualischen Materien dem römischen Rechte vorzuziehen ist, will, daß nicht mit Spizfündigkeit untersuchet werden soll, was vor eine Klage angestellet sey, sondern es soll nur auf die Sache selbst Rücksicht genommen werden c. 6. X. de iud. (II. 1.). 3) Die Teutschen haben nie eine festgesetzte Anzahl der Klagen gehabt, sondern die Verbindlichkeiten blos nach der natürlichen Billigkeit abgemessen. Nie aber ist der römische Proceß, am wenigsten das Formularrecht, zur Anwendung gekommen. 4) Die Rechtslehrer tragen kein Bedenken, da aus der natürlichen Billigkeit Klagen zu verstatten, wo die römischen Geseze keine eingeführet haben. Z. B. wider den Besizer in gutem Glauben, welcher die abhanden gekommene Sache mit Vortheil verkaufet hat, so weit dieser Ueberschus reichet. BOEHMER D. de iud. proced. ex officio in causa civ. c. 1. §. 7. Ein precarium welches nicht anders als mit beträchtlichen Kosten in Ausübung gebracht werden können, wie bey der servit. tigni immittendi, proiiciendi, protegendi, aedificatione in fundo alieno, kann nicht anders als wenn eine neue und vom Richter erhöblich zu achtende Ursache hinzutritt,

wiederrufen werden. VOET Comment. ad Pand. Lib. 8. tit. 4. §. 18. vi Legis 17. §. 3. D. Commodati L. 2. §. 5. D. de aqu. & aqu. pluv. arc. Wider den L. 48. D. de rei vind. und L. 33. D. de cond. indeb. verstatten HVBER ad Inst. de R. D. §. 40., HEINECCIVS in Elem. iur. civ. sec. ord. Inst. §. 366. heut zu Tage mit Recht die Klage nach der natürlichen Billigkeit demjenigen, welcher auf fremden Grund und Boden gebauet hat, und in soweit lasse ich die sogenannte im c. 2. X. de off. iud. gegründete implor. off. iud. zu. BRÜCKNER in Decis. matrim. c. 1. n. 15. verstattet derjenigen eine Genugthuung, welche durch oft gemachte Hofnung einer hinzugehenden Verlöbnis oder Heirath hingehalten, wenn die Mannsperson ohne hinreichenden Grund zurücktritt. LEYSER Spec. 293 Med. 2. pflichtet ihm bey. Allein aus ungültigen Versprechen folget keine Klage. de PVFEND. T. III. obs. 199. arg. L. 5. C. dep. L 5. C. de sponsal. Adolph Dieterich Weber systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Würkung.

c) GROT. de I. Belli et Pacis II. 20. 2. Gleichwohl sagt CIC. de off. L. 3. c. 13. erranti viam non monstrare Athenis exsecrationibus publicis (also blose Schande, keine Strafe) sancitum est. Eine Verordnung die der Menschlichkeit Ehre machet. Ueberhaupt wird es niemand gereuen Garvens Uebersetzung von Cicero's Pflichten mit seinen Anmerkungen zu studiren. Von der Dankbarkeit: vid. L. 25. §. 11. D. de hered. pet. L. 24. §. 17. D. de fideicom. L. 15. §. 1. D. de manum. vind. L. 1. §. 10. D. de off. praef. vrb. L. 1. pr. D. de extraord. cognit. STRYCK Diss. de benemeritis. SENEC. Lib. IV. c. 16. in f. c. 17. Quid tam aequaliter in omnium animos receptum, quam referre benemeritis gratiam? Huic vni rei (gratitudini scil.) non posuimus Legem, tanquam satis natura cavisset.

d) ENENKEL de priuileg. Lib. III. c. 6. Sehr falsch hält Hofmann in der Diss. de eo quod circa stipendia studior.

studior. causa constituta iustum est §. 4. dafür: daß in gewissen Fällen der Landesherr jemand zwingen könne, zur Beförderung der Studien Beytrag zu thun.

## §. 2.

### Die Selbsthülfe ist gemeiniglich unerlaubt.

Wer nun sein Recht verfolgen will, muß erlaubte Zwangsmittel gebrauchen. Wenn man sich eine Gesellschaft gedenket, welche keinen Obern, wenigstens keine Gerichte hat, so ist kein anderes Mittel seine Befugnis geltend zu machen, als die eigene Gewalt *a*). Gegen diese wird sich der Widersacher wehren, so viel und so lange er kann. Auf diese Weise wird Ruhe und Ordnung in der Gesellschaft gestöhret, und der stärkste allemahl die Oberhand haben. So sahe es vor diesem in Teutschland aus, und fehlet es leyder nicht an Beyspielen neuerer Zeiten. In einer ordentlich eingerichteten bürgerlichen Gesellschaft muß der Regul nach alle eigenthätige Gewalt verboten seyn *b*), und je mächtiger die Glieder der Gesellschaft sind, desto kräftigere Riegel sind der Selbsthülfe vorzuschieben. Die Römer hatten daher bey der Macht ihrer Bürger, die oft eine Schaar von Knechten hielten, welche grösser war, als manches fürstliche Heer in Teutschland, guten Grund, alle eigenthätige Gewalt auf das nachdrücklichste zu verbiethen *c*). Selbst Drohungen mit eigenthätiger Gewalt sind unerlaubt, und wenn selbige wohl in Erfüllung gesezet werden könnten, sind von Amtswegen kräftige Riegel vorzuschieben. Es kann auch des-

falls um Sicherheitsbestellung gebethen werden *d*), und der Besiz der unbeweglichen Güther befreyet von selbiger der Regul nach, nicht *e*). Den Befehdungen ist durch die Reichsverordnungen *f*), Gott sey Dank! ein Ende gemachet, obgleich in Teutschland die eigenthätige Handlungen, wenn sie nur nicht bis zum Landfriedensbruche gehen, oder sonst mit groben Gewaltthätigkeiten begangen werden, weder so verhaßt, noch so allgemein untersaget sind. Offenbahre unerlaubte Selbsthülfe muß vom Richter Amtswegen sowohl hintertrieben werden, wenn er sie zeitig erfähret, als nicht ohne Strafe bleiben, wenn sie geschehen ist. Besonders ist dies auch bey Injuriensachen zwischen zwey Handwerkern, Regimenter, und wo sonst leicht Zusammenrottirungen zu besorgen sind, nöthig. Auf frischer That muß hier Genugthuung verschaffet, und wenn die Sache noch bedenklicher ist, durch Eilboten die Sache dem Landesherrn vorgeleget, immittelst aber die möglichsten Vorkehrungen zur Erhaltnng der öffentlichen Ruhe gemachet werden. Eine unerlaubte Selbsthülfe ist entweder eine Thathandlung während des Rechtsstreites [attentatum], oder Besizentsezung [spolium] oder Besizstöhrung [turbatio] oder privat oder öffentliche Gewalt, oder endlich gar Landfriedensbruch. Ist lezterer im Werke so wird zu dessen Vorbeugung so verfahren wie §. 83. der summarischen Proc. gezeiget ist. Einer eigenthätigen besorglichen Gewalt wird durch eine Bitte um einen Strafbefehl nicht eigenmächtig, sondern im Wege Rechtens zu verfahren, vorgebeuget *g*). Nur in ausgenommenen Fällen ist die eigenthätige Gewalt erlaubt,

laubt, und ein Rathgeber muß selbst in zugelassenen Fällen, wenn grösseres Unglück zu besorgen ist, lieber den Weg der gerichtlichen Hülfe wählen. Selbst die Pfandungen, wenn sie gefahrvolle Auftritte veranlassen könnten, widerrathe ich, zumahl wenn man eben so leicht klagen kann. Ich kann mir diese beruhigende Erinnerung machen, in mehreren Fällen Mord und Todtschlag dadurch verhütet zu haben, daß ich Selbsthülfe auch da widerrathen habe, wo sie sonst erlaubet gewesen wäre. Die ausgenommene Fälle will ich in der Folge nach den römischen Gesezen und nach der teutschen, sowohl bürgerlichen als Staatsverfassung betrachten.

*a*) CICERO de Off. I. 11. Nam cum sint duo genera decertandi; vnum per disceptationem, alterum per vim; cumque illud sit proprium hominis, hoc belluarum: confugiendum est ad posterius si vti non licet superiore. Derselbe de inuent. rhet. L. I. c. 2. Profecto nemo, cum viribus plurimum posset, ad ius voluisset sine vi descendere. Id. de LL. 3. 18. Orat. pro Caec. c. 12. Vortreflicher kann nichts gesagt werden, als Cicero sich orat. pro A. Cluentio von der Heiligkeit der Gesetze ausdrückt: tu mihi concedas, necesse est, multo esse indignius, in ea ciuitate, quae legibus contineatur, discedi a Legibus. Hoc enim vinculum est huius ciuitatis, qua fruimur in republica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis. Mens et animus et consilium et sententia ciuitatis posita est in Legibus. Vt corpora nostra sine mente, sic ciuitas sine Lege suis partibus, vt nervis, ac sanguine et membris vti non potest. Legum ministri magistratus, Legum interpretes iudices, Legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus. Schon die Kinder zeigen, so bald sie heranwachsen, die Neigung zur Selbstrache, welcher nicht genug entgegen gearbeitet wird.

*b*) L. 13. §. 3. D. de vsufr. & quemadmod. quis vt. (VII. 1.), L. 176. de R. I., L. 14. C. de Iudaeis.

*c*) L. 13. D quod metus causa (IV. 2.), L. 3. §. 2. D. quod legator. (XLIII. 3.), L. 1. 7. & vlt. D. ad L. Iul. de vi priu. (XLVIII. 7.), L. 2. C. vt nemo priuatus (II. 16.) ein sehr hartes Gesetz, L. 14. C. de iud. (III. 1.), L. 4. C. fin. reg. (III. 39.), L. 9. C. de O. & A. (IV. 10), L. 34. C. de locat. cond. (IV. 65.), L. 9. C. fol. matrim. (V. 18.), L. 5. C. de legat. (VI. 37.), L. 7. C. vnde vi (VIII. 4.), L. 3. §. 2. 6. L. 5. pr. L. 10. §. 1. L. 11 D. ad L. Iul. de vi publ. (XLVII. 6.) L. 5. C. ad L. Iul. de vi publ. (IX. 12.), Auth. item qui domum moribundi C. de sepulchro viol. (IX. 19.), & Auth. sed neque ante nouem dies ibid.

*d*) Art 128. 129. 176. der P. H. G. O. Concept der Cam. Ger. Ordn. II. 10. 9. Ich werde in der Folge dieses immer nur so allegieren: Conc R. A. von 1548. §. in was für ꝛc. R. A. von 1594. §. 76. BOEHMER in Medit. ad const. crim. Car. KRESS Comment. ad C. C. C. ad art. 176. L. 5. C. de O. & A. (IV. 10.). Quistorp Erläut. versch. R. Mater. n. 45. p. 674. §. 2. nota 3.

*e*) LEYSER spec. 553. Med. 17. u. f.

*f*) S. Einleitung in sämtliche summarische Processe, Tit. vom Landfriedensbruche.

*g*) Concept II. 28. pr. §. 1. 2.

## §. 3.

### Erlaubte Selbsthülfe nach römischem Rechte.

Im römischen Rechte kommen folgende Fälle vor, wo die eigene Gewalt zugelassen ist: 1) Die Wiedervergeltung [retorsio] *a*). Diese hat Statt, wenn in einem fremden Lande wieder auswärtige ein ungleiches Recht eingeführet ist. Falsch wird sie angewendet, wenn ein hartes

Recht

Recht wieder einheimische und Unterthanen auf gleiche Weise eingeführet ist. Ein Richter kann eine solche Wiedervergeltung nicht ohne Anfrage bey dem Landesherrn oder Geheimenrathe vornehmen *a*[1]). Wenn freye Staaten gegen auswärtige Unterthanen Bedrückungen vornehmen, oder die Gerechtigkeit versagen, so wird gemeiniglich zuerst durch Gesandte Genugthuung gefordert, und wenn diese nicht erfolget, zu Repressalien geschritten, welche aber häufig der Anfang des Krieges sind. Repressalien unter Reichsständen, wenn sie auf unerlaubte Arreste wieder dritte Personen hinauslaufen, sind widerrechtlich und werden desfalls unbedingte Befehle erkannt *). Auch wieder Geistliche und deren Güter untersaget selbige der Pabst im c. un. de injur. & damno dat. in 6. 2) Die Vertheydigung des Besizes und Verhinderung, daß niemand in unser Eigenthum eindringe *b*). Auch einem unrechtmäsigen Besizer *c*) stehet diese Vertheydigung wider einen dritten, der ihn aus dem Besize verdringen will, zu. Allein wenn er den vorigen Besizer verdrungen hat, und dieser auf frischer That den verlohrnen Besiz auch gewaltthätig wieder zu erlangen suchet, so ist dies nicht allein erlaubt *d*), sondern auch des ersteren Vertheydigung nicht zu rechtfertigen. Die Gränzen der erlaubten Gewalt werden nach dem Angriffe oder nach der wahrscheinlichen Besorgnis abgemessen, und eine geringe Ueberschreitung der Selbstvertheydigung, welche ein jeder anderer auch unternommen haben würde, kommt nicht in Betrachtung. Auch dem Richter, welcher nicht nach Vorschrift des gerichtlichen Verfahrens, sondern einseitig und

gewaltthätig verfähret, darf man sich widersezen e). Hunde die in der Jagd betroffen werden, tod zu schiesen, ist hergebracht. Durch die in hiesigen Landen erfolgte Declaration und Erweit. der gegen die Wilddiebe den 22ten Jan. 73. ergangenen Verordnung ist die Confiscation der Flinte allgemein soweit gebilliget, wenn kein Zweifel bey der Jagdbefugnis vorkommt. Wo diese Confiscation des Gewehres nicht gesezlich oder observanzmäsig eingeführet ist, da sollte sie nicht Statt finden. 3) Der ausergerichtliche Wiederspruch wider eine neue Anlage *f*) [nunciatio novi operis priuata]. 4) Die eigenmächtige Niederreissung eines auf unserm Grund und Boden angelegten neuen Werks, welche aber auf frischer That vorgenommen werden muß *g*). 5) Die Vertheydigung der uns zustehenden Dienstbarkeiten *h*), welches jedoch nicht anders, als auf eigenem Grund und Boden bey offenbahrem Rechte, und ebenfalls auf frischer That geschehen muß. 5[1]) Die eigenmächtige Abreisung der von einem Privat-Mann auf unsere Sachen gelegten Siegel *h*[1]). 6) Die ausergerichtliche Zurückgabe einer gekauften, aber mangelhaft befundenen Sache *i*) [redhibitio extrajudicialis]. 7) Die Zurückbehaltung einer in rechtmäsigem Besize habenden fremden Sache wegen zustehender Forderung *k*) [retentio]; nur muß selbige klar *hk*) und so beschaffen seyn, daß die Forderung mit der zurückbehaltenen Sache in Verbindung stehet. Bey einer zur Verwahrung gegebenen Sache findet die Zurückbehaltung überall keis Statt *l*). Desgleichen nicht, wenn der Contract

nich-

nichtig ist *). Wegen eines unzinsbahren Capitals kann der Gläubiger die Nuzungen des Unterpfandes bis zum Betrage der rechtmäßigen Zinsen zurückbehalten **). 8) Die Entleibung eines Ehebrechers *ll*), welche sowohl vom Vater der Ehebrecherin als von dem Ehemanne, jedoch dergestalt geschehen muß, daß der Ehebrecher und Ehebrecherin beyde durch einen Stos ums Leben gebracht werden, welches alleben eine Vermuthung ausmachet, daß sie in der fleischlischen Vermischung angetroffen worden. Nach den Wisigoth. Gesetzen L. 3. tit. 4. §. 6. beym Montesquieu esprit des loix T. 4. Libre 26. ch. 19. waren die Knechte verbunden, die im Ehebruch betroffene Hausfrau mit dem Ehebrecher zusammen zu binden, und so dem Manne und Richter zu überliefern. Montesquieu hält dies Gesez vor gefährlich, und will blos, daß dies ein besonderes Hausgesez und nicht ein bürgerliches Gesez seyn sollte. 9) Die Entleibung eines nächtlichen Diebes *m*), wenn derjenige, welcher seine Güther wieder selbigen zu vertheydigen bemühet ist, sich in Gefahr seines Lebens oder Gliedes befindet. 10) Die Entleibung eines Strassenräubers *n*); 11) eines sich widersezenden Ausreissers *o*), oder 12) eines Ueberläufers *p*); 13) des Entführers *q*); 14) des gewaltsamen Schänders *r*). 15) Ueberhaupt alle Nothwehre *s*), und Vertheidigung in seinem eigenen Hause wider Stöhrer des Hausfriedens. 16) Wenn der Herr seinen Knecht grausam behandelt, so kann er sich auf die Flucht begeben *t*), welches noch mehr von unse-

ren Leibeigenen und Dienstboten gilt. 17) Ein Ehemann kann seine überwiesene ehebrecherische Ehefrau aus dem Hause stosen, und die Ehefrau ihren überführten ehebrecherischen oder grausamen Ehemann verlassen *v*). 18) Wenn der Erblasser gestattet hat, den Besiz einer Sache zu ergreifen, wenn nur derselbe erlediget ist, und der Besizer sich nicht entgegen sezet *x*). 19) Meinen auf der Flucht befindlichen Schuldner darf ich anhalten, und mich seiner mit sich führenden Sachen bemächtigen, jedoch muß ich, sobald ich kann, solches dem Richter anzeigen, in dessen Bezirk solches geschehen ist, und ihm den Schuldner und dessen Sachen übergeben *y*). 20) Die eigenthätige Befreyung eines vor Gericht gezogenen, welcher gar nicht oder nicht auf die Art sollte vor Gericht geschleppet werden *yy*). 21) Wer Rechnung abzulegen verbunden ist, sich in eine Kirche oder in ein Kloster geflüchtet hat, und vielleicht gar schon den geistlichen Stand angenommen hat, kann mit Gewalt aus dem Kloster herausgeholet werden, um ihn zu dieser Schuldigkeit zu bringen *). Dies sind die Fälle, worinn nach römischen Rechten die Selbsthülfe erlaubt ist. Wer auser diesen Fällen sein eigen Recht gebrauchet, soll verschiedentlich gestrafet werden, wovon die gesezliche Stellen §. 2. Note c. gesammlet sind. Sogar sollen die Richter, welche gar keine oder gelindere Strafen erkennen, oder die eigenthätigen Handlungen überall nicht bestrafen, in Unehrlichkeit fallen **). Ob diese Strafen noch heut zu Tage im Gebrauche sind, ist eine bestrittene Frage. Die Gründe vor die beja-

bejahende Meynung sind: a) die allgemeine Annahme des römischen Rechts; b) daß diese Strafe in der Cammergerichtsordnung von 1521. Tit. 32. wiederholet worden; c) daß die höchsten Reichsgerichte darauf sprechen z), d) daß fast die mehresten Rechtsgelehrte den Gebrauch und die Anwendung behaupten. Hier will ich nur Boehmer im I. E. P. L. V. tit. 18. §. 3. seq. und seine Diss. de poena jus sibi dicentis sine jud. anführen. Allein ich kann dem ohngeachtet von der in meiner inaugural-Dissertation *aa*) behaupteten Meynung nicht abgehen. Denn was a) das römische Recht betrift, so ist dies nur so weit angenommen, als die teutsche Verfassung nicht gerade widerspricht. Nun aber habe ich im folgenden §. gezeigt, daß bey den Teutschen die Selbsthülfe nicht so sehr verhaßt gewesen und noch nicht sey; und es erhellet aus vorangeführtem, daß der sonst so gerechte Einhalt, den ihr das römische Recht thut, hauptsächlich in der Macht der römischen Bürger seinen Grund habe. b) Ist vorläufig zu merken, daß jene Stelle der C. G. O. zuerst in dem Landfrieden von 1474. §. 1. und nachherigen Landfrieden vorkommt, mithin von der gröbsten Gewaltthätigkeit, welche durch überziehn, belegeren, berauben, befechten, bekriegen, fahen, Schlos oder Bevestigung absteigen, mit Mord und Brant beschädigen, zu verstehen sey. Dann hat sich vieles in die teutschen Geseze durch Unkunde der Verfasser, welche die römische Lehrsäze auf die ungereimteste Art auf die teutsche Verfassung angewandt haben, eingeschlichen; so gar daß man es sich hat beyfallen lassen, die Beysizer

des

des Cammergerichts mit den römischen Senatoren zu vergleichen *bb*). Daß die Leute zu der Zeit nicht wusten, wo sie zu Hanse gehörten, davon ist nichts überzeugender, als daß in der C. G. O. von 1471. die orientalischen Kayser die Vorfahren der teutschen genannt, auch die Sportuln des römischen Rechts beybehalten, jedoch in R. A. von 1498. §. 30. wieder abgeschaffet sind. Dem sey aber, wie ihm wolle, so ist doch in der neuern Cammergerichtsordnung von 1555. Th. II. Tit 21. diese Stelle ganz weggelassen, und der Erinnerungen der Stände in den Cameralzweifeln *cc*) ohngeachtet, giengen die Schlüsse des Cammergerichts dahin, daß das, was im römischen Gesezbuche enthalten sey, ganz sicher in der Ordnung ausgelassen werden könne. Nach dem gleich darauf folgenden 22. Titel verliehret der, welcher mittelst ungesezmäsigen Arrestes, welcher doch eine sehr sichtbare Selbsthülfe ausmachet, sich selbst Recht schaft, seine Sache keinesweges. Ja selbst auf den Landfriedensbruch ist der Verlust der Güter nicht schlechterdings gesezt, sondern sie müssen dem Friedbrecher zurück gegeben werden, wenn er dem Beleidigten Genugthuung verschaft. Von nicht geringerem Gewicht ist das Stillschweigen der besonderen Proceßordnungen, die aus der Cammergerichtsordnung, als ihrer Hauptquelle, hergenommen sind *dd*); vielmehr ist in selbigen schicklicher denen, welche sich unerlaubte Selbsthülfe erlauben, eine auserordentliche Strafe angedrohet *ee*). Wenn die Selbsthülfe mit einem Misbrauche der anvertrauten Gewalt verknüpfet ist, so wird die Strafe hiernach erhöhet; z. E. wenn ein Richter in seiner

ner eigenen Sache thätlich zufähret. c) Kann auch in einer so häufig vorkommenden Materie das eine oder andere Beyspiel keine Observanz ausmachen. Beym Cramer Th. I. Abh. 2. der W. N. St. hat das Capitul einen Grafen mit gewafneter Hand aus einem Guthe gesezet, welches der vorige Bischoff und der gröste Theil des Capituls demselben zu Lehn gegeben hatte, weil sie dies vor eine ungültige Veräuserung ansahen. Es ist aber die Sache wie ein bloses Spolium, freylich zu milde, betrachtet, und nicht auf Verlust des Anspruches oder Erstattung des Werths erkannt *). d) Werden die Rechtsgelehrten oft durch eine gar zu grose Liebe zum fremden Rechte hingerissen. Und was für Gewicht haben sie denn? Nicht das Zeugnis der academischen Gelehrten, sondern der würkliche Gerichtsbrauch bestimmt die Observanz. Daß aber dieser fehle, lehret die tägliche Erfahrung; denn nicht ein, oder zweymal geschieht es, daß jemand gegen diese römischen Gesezе handelt; sondern fast täglich kömmt ein solcher Fall vor; und doch läst sich kein einziger Fall anzeigen, wo der Gläubiger seine Forderung, oder der, welcher den andern wegen eines Anspruches an der Sache eigenthätig aus dem Besize eigenmächtig verdrungen hat, seine Sache verlohren hätte, oder deren Werth bezahlen müssen und unehrlich worden wäre *). So ist z. E. in römischen Rechten *ff*) verordnet, daß der Pächter, oder der, welchem eine Sache nur nach Willkühr des Leyhers übergeben ist, die Sache nebst dem Werthe erstatten soll, wenn er nach geendigter Pachtzeit die gepachtete oder ihm wiederruflicher Weise eingeräumte

Sache

Sache ohne rechtmäsige Ursache der Zurückbehaltung nicht räumen will. Nichts kömmt heutiges Tages häufiger vor, als dergleichen Fälle, und doch weis man von Leistung des Werthes nicht das geringste. Hierzu kommt noch e), daß wegen Verschiedenheit der öffentlichen Verfassung die fremden Strafgeseze nur mit äuserster Sorgfalt angewendet werden dürfen. Und wenn ich gleich f) zugeben wollte, daß meine Meynung zweifelhaft sey, so ist doch ausgemacht, daß in Straffachen die gelindere Meynung der härteren allezeit vorzuziehen sey. Irre ich aber, so sage ich mit Cic. de off. L. 2. c. 2. alia certa, alia incerta esse dicunt; sic ab his dissentientes, alia probabilia, contra, alia non probabilia esse dicimus. Quid est igitur, quod me impediat, ea, quae mihi probabilia videantur, sequi: quae contra, improbare: atque affirmandi arrogantiam vitantem, fugere temeritatem, quae a sapientia dissidet plurimum.

a) tot. tit. D. quod quisque iur. in al. stat. (II. 2.), L. 14. §. 6. D. de bon. libert. (XXVIII. 2.), L. 39. D. sol. matrim. L. 7. § 3. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.), c. 6. X. de const. (I. 2.), GROTIVS de I. B. &. P. I. 2. 5, STRVVII D. de vind. priu. c. 12. Die Wiedervergeltung wird bey den Alten Lex Rhadamanti genennt, und hat die Regul der natürlichen Billigkeit zum Grunde: daß was dem einen Recht ist, auch dem anderen Recht seyn müsse.

a1) de PVFEND. animadv. iur. animadvers. 110. Struben rechtliche Bedenken Th. V. Bed. 47. ZIEGLER de iurib. Maiest. L. 1. c. 34. §. 8. arg. L. 3. D. de oper. pnbl. (L. 10.), c. dominus noster 23. qu. 2.

*) R. A. von 1570 §. 84. und von 1594. §. 80. ꝛc. v. Cramer wezl. Nebenst. Th. XI. n. 1. ZIEGLER de iurib. majest. L. I. c. 34. §. 37.

*b*) So unrecht es ist, jemand aus seinem Besize zu verdringen, so erlaubt ist es, sich wieder diese Gewalt zu schüzen. LEYSER Spec. 591. arg. L. 18. 21. D. in de ius voc., L. 103. de R. I., L. 3. §. 1. D. de acquir. rer. dom. §. 12. I. de Rer. div. L. 13. §. fin.. L. 5. L. 23. D. de iniur. Spec. Sax. L. 3. art. 78., L. 31. D. depositi (XVI. 3.) arg., c. 6. X. de caus. poss. & propr. (II. 12) Nur gehet Berger El. proc poss. zuweit, wenn er §. 38. nach einem rechtskräftigen Spruche eine eigenmächtige Execution gestattet, und dieses nur als eine Fortsezung des Besizes betrachtet. Dadurch würden nur Thätlichkeiten veranlasset werden, welchen doch vorgebeuget werden soll. Arg. L. 5. 33. D. de acquir. l. amitt. poss., L. 18. pr. D. de vi et vi arm., L. 6. §. 2. D. de re iud.

*c*) L. 2. D. vti possid. (XLIII. 17.), L. vlt. D. de acquir. poss. (XLI. 2.).

*d*) L 29. §. 1. D. ad L. Aquil., L. 6. §. 1., L. 18. §. 3. D. de acquir. poss., L. 1. §. 23. 27. 28., L. 3. §. 9., L. 17. D. de vi & vi arm. (XLIII. 16.), L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.), L. 1. C. vnde vi (VIII. 14.), c. 12. X. de rest. spoliator. (II. 13.) c. 6. de sent. excomm. in 6. (V. 11.). Landfrieden von 1521. §. die Poen aller Friedbrecher vers. aber dem Beschädigten. Conc. II. 9. §. So jemand ꝛc. am Ende. Der §. 6. I de interd. (IV. 15.) ist von einer Wiedererlangung des Besitzes, welche nicht auf frischer That geschiehet, zu verstehen. Auf frischer That ist nicht blos von dem Augenblick sondern von der Möglichkeit sich Recht zu schaffen zu verstehen. L. 23. § 4. D. ad L. Iul. de adult. (XLVIII. 5). und vorzüglich Gail de pace publ. L. 1. c. 16. VINNIVS ad d. § 6. Ein Verpächter kann daher nach geendigter Pacht den Pächter aus dem verpachteten Guthe eigenmächtig herausseзen, wenn

nur der Pächter sich nicht thätlich wiedersezet. Struben Th. III. Bed. 57.

*e*) L. 5. C. de iure fisci (X. 1.), L. vlt. vers. sed & si C. de discuss. (X. 30.), L. 5. C. de executor. (XII. 61.), Struben Th. IV. Bed. 146. L. 33. C. de decurion. (X. 31.) L. 9. C. de metatis (XII. 41.)

*f*) L. 5. §. 10. D. de N. O. N. (XXXIX. 1.), L. 20. §. 1. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.).

*g*) L. 27. pr. D. de S. V. P. (VIII, 2.), L. 29. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), L 24. §. quid ergo D. de damno inf., L. 7. §. 3., L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam., iuncta L. 2. C. vt nem. lic. sine iud. aut sign. reb. imponere al. (II. 17.), L. 1. §. 27. 28 L. 3. §. 9. L. 17. de vi & vi arm. (XLIII. 16.), L. 3. § 4. D. vti possid. (XLIII. 17.), L. 1. §. 2. D de via publ. & it. publ. refic. (XLIII. 20.), L. 1. §. 5. 7., L. 6. §. 2. D. arb. furt. caes. (XLVII. 7.), L. 2. C. vt nemo priu. tit. praedii (II. 16.), L. 1. C. de interd. (VIII. 2). L. 1. C. unde vi, c. 6. de sent. excomm. in 6., c. 12. de restit. spol. Ordn. des Landfriedens zu Worms von 1521. tit. die Poen aller Friedensbrecher, in den Worten: Aber dem Beschädigten.

*h*) L. 7. §. bellissime D. quod vi aut clam. L. 29. §. 1. D. ad L. Aquil.

*h*[1]) t. t. C. de his qui potentior. nomine titulos praediis affigunt (II. 16). t. t. C. ut nem. lic. sine iud. aut. signa imponere reb. al. (II. 17.) Nov. 17. c. 15. und die nicht glossirten Novellen 28. c. 5. und Nov. 164.

*i*) L. 31. §. 17., L. 56. D. de aedilit. ed. (XXI. 1).

*k*) L. 22. D. de hered. I. act. vend. (XVIII. 4.), L. 13. §. 8. D. de act. emt. vend. (XIX. 1.), L. 31. §. 8. D. de Aedil. ed. (XXI. 1.), L. 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss., L. 15. §. 2. D. de furtis (XLVII. 2.).

*kk*) arg. L. f. C. de compens. Mev. P. II. Dec. 15. n. 3. u. 5. Dec. 33. n. 5.

*l*) L. 11. C. depositi (IV. 34.).

*) L. 25.

*) L. 25. D. de pign. & hyp.

**) L. 8. D. in quib. caus. pign. I. hypoth. tacite contrah.

*l*) L. 20- 25. 32. 38. §. 9. D. ad L. Iul. de adult. XLVIII. 5.), L. 4. C. ibid. (V. 9.) Nou. 117. c. 15., c. 3. X. de sent. excomm (V. 39.). art. 142. C. C. C., L. 3. §. 3. D. ad SCt Sil. (XXIX 5).

*m*) Exodi XXII. 2., L. 4. 5. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), L. 54. §. 2. D. de furtis (XLVII. 2.). L. 9. ad L. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) c. 3. X. de homicidio (V. 12.). art. 150. C. C. C. LL. XII. Tabb. *si nox furtum faxit. & in aliquis occisit, iure caesus esto.*

*n*) L. 4. C. ad L. Cornel. de sic. (IX. 16.). Rec. Imp. de 1559. §. und habens uns demnach.

*o*) L. 19. §. 4. D. de capt. & postlim. reu. (XLIX. 15.), L. 19. §. 8. D. de re mil. (XLIX. 16.), L. 2. C. quando vnicuique sine iud. (III. 27.), L. 2. C. de desert. (XII. 46).

*p*) L. 3. §. vlt. D. ad L. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8).

*q*) L. vn. C. de rapt. virg. (IX. 13.).

*r*) L. 1. §. 4. C. ad L. Cornel. de sicar. (IX. 16.)

*s*) L. 3. D. de I. & I., L. 4. 5. 45. §. 4., L. 52. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), L. 1. §. 4. D. ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.), L. 2. C. ibid. art. 138. seq. C. C. C., Exodi XXII. v. 2. GROTIVS de I. B. & P. I. 3. 2. 2. und vorzüglich Gail de pace publ. L. 1. c. 16.

*t*) §. 2. I. de his qui sui I. al. iur. sunt (I. 8.), L. 2. D. ibid. (I. 6.).

*v*) c. 8. X. de rest. spoliat. (II. 13.), c. 2. X. vt lite pend. (II. 16.) Dieses redet von unerwiesenen Fällen c. 4. X. de diuort. (IV. 19).

*x*) L. 36. 37. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1).

*y*) L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred., L. 54. C. de decur. (X, 31.).

*yy*) L. 1. §. 2., L. 2. 3. pr. §. 1., L. 4. §. 2. D. ne quis eum (II. 7.).

*) Nov. 17. c. 7. c. 1. L. 4. 12. C. de Ep. & cler.

**) L. 8. §. 2. C. ad L. Jul. de vi publ. & priv. (IX. 12). und noch härter im darauf folgenden Gesetze.

*z*) WERNHER P. IV obs. 99. de LVDOLF in Symphorem. Consil. & Decis. T. I. Cons. 18. p. 431-440. TAFINGER Instit. iur. cam. S. III. Tit. IX. §. 562. edit. nou.

*aa*) de non- vsu Decreti D. Marci. Dieser ist entgegen gesetzt. Ernst Lud. Aug. EISENHART D. de poena LL. rom. adv. vindictam privatam sancita in foris adhuc valida. Von den Neueren tritt Quistorp peinl. Recht. Th. I. §. 190. meiner Meynung bey, die ich nicht ehender änderen kann, bis der fortgesetzte Gerichtsgebrauch, nicht aus Büchern, sondern aus rechtskräftigen einstimmigen Urtheilen dargethan wird.

*bb*) C. O. C. P. I. tit. 9. pr.

*cc*) Beym Hrn. v. Ludolf. de iure cam. in app. S. 11. und 12. DENAISIVS de iure cam. beym Worte: possessio, tit. 221.

*dd*) Reichsdeputationsabschied von 1600. §. 15. Concept der Cammergerichtsordnung II. 31. 9. jüngster Reichsabschied §. 137.

*ee*) Calenbergische Canzleyordnung Tit. 37. §. 9. Das nähmliche bezeugt von dem sächsischen Gerichtsbrauch Carpzov P. 4. Const. 35. def. 11. und 12. Von den hiesigen Landen PVFEND. Introd. in proc. crim. c. 1. §. 2. seq.

*) BEHRENS in Diss. de moderno vsu constitut. pac. publ. C. V. §. 10. tanta igitur difficultate obuia, recurres fortassis ad alias poenas praeter bannum occurrentes, qualis est e. g. — poena L. 7. C. vnde vi. Verum ex identitate rationis hanc quoque poenam frustraneam censeo. Nam etsi non raro huiusmodi supplicationum exempla exhibita legan-

legantur apud Blum. et Hoffm. in supplicat. cameral., quas inter in causa Biechteſtel contra Fuld de 1567. 13. Aug. talis citatio decreta extat, ap. Blum. T. 18. n. 31. tamen, cum non de libellis aduocatorum, non de decretis processibus, sed de sententia loquamur, quae sola affert celebritatem actioni, condemnationem ad praescriptum dictae legis secutam *nullibi* leges.

*ff*) L. 34. C. de locato conducto (IV. 65.).

## §. 4.

### Von der nach teutschen Gesezen erlaubten Selbsthülfe.

Nie war die eigenthätige Gewalt den Teutschen so verhaßt *a*), noch ist sie es bis auf den heutigen Tag so sehr, als sie es bey den Römern war *b*). Denn 1) stehet sie gegen einen Geächteten in dem Grade zu, das man vielmehr in eine Strafe fällt, wenn man sie unterläßt [S. summarischen Proceß vom Landfriedensbruch §. 4.]; 2) gegen die Landfriedensbrecher [Ebendas.]; auch den Hausfriedensbrecher *c*). 3) gegen den Zigeuner *d*). 4) Gesezliche *e*) und durch Verabredung mit dem Schuldner verstattete Pfandungen, die Behuf Erlangung einer Schuld *f*) vorgenommen werden, machen eine erlaubte Selbsthülfe aus. Eine solche Pfandung ist in der Clausul: mit oder ohne Recht, enthalten, und würket einen unbedingten Strafbefehl *g*). Ob aber gleich alsdann die Selbsthülfe erlaubt ist, so muß man doch davon abstehen, wenn sich der Schuldner so widersezt, daß die Pfänder ohne Streit oder Tumult nicht weggenommen werden können *h*). Pfandungen bey Beeinträchtigungen der Güther oder, Gerechtsame sind in L. 39. pr. §. 1. D. ad L. Aquil.

gewaltthätig verfähret, darf man sich widersezen *e*). Hunde die in der Jagd betroffen werden, tod zu schiesen, ist hergebracht. Durch die in hiesigen Landen erfolgte Declaration und Erweit. der gegen die Wilddiebe den 22ten Jan. 73. ergangenen Verordnung ist die Confiscation der Flinte allgemein soweit gebilliget, wenn kein Zweifel bey der Jagdbefugnis vorkommt. Wo diese Confiscation des Gewehres nicht gesezlich oder observanzmäsig eingeführet ist, da sollte sie nicht Statt finden. 3) Der ausergerichtliche Wiederspruch wider eine neue Anlage *f*) [nunciatio novi operis priuata]. 4) Die eigenmächtige Niederreissung eines auf unserm Grund und Boden angelegten neuen Werks, welche aber auf frischer That vorgenommen werden muß *g*). 5) Die Vertheydigung der uns zustehenden Dienstbarkeiten *h*), welches jedoch nicht anders, als auf eigenem Grund und Boden bey offenbahrem Rechte, und ebenfalls auf frischer That geschehen muß. 5[1]) Die eigenmächtige Abreisung der von einem Privat-Mann auf unsere Sachen gelegten Siegel *h*[1]). 6) Die ausergerichtliche Zurückgabe einer gekauften, aber mangelhaft befundenen Sache *i*) [redhibitio extrajudicialis]. 7) Die Zurückbehaltung einer in rechtmäsigem Besize habenden fremden Sache wegen zustehender Forderung *k*) [retentio]; nur muß selbige klar *hk*) und so beschaffen seyn, daß die Forderung mit der zurückbehaltenen Sache in Verbindung stehet. Bey einer zur Verwahrung gegebenen Sache findet die Zurückbehaltung überall kein Statt *l*). Desgleichen nicht, wenn der Contract

nich-

nichtig ist *). Wegen eines unzinsbahren Capitals kann der Gläubiger die Nuzungen des Unterpfandes bis zum Betrage der rechtmäsigen Zinsen zurückbehalten **). 8) Die Entleibung eines Ehebrechers *l*), welche sowohl vom Vater der Ehebrecherin als von dem Ehemanne, jedoch deraestalt geschehen muß, daß der Ehebrecher und Ehebrecherin beyde durch einen Stos ums Leben gebracht werden, welches alleben eine Vermuthung ausmachet, daß sie in der fleischlischen Vermischung angetroffen worden. Nach den Wisigoth. Gesetzen L. 3. tit. 4. §. 6. beym Montesquieu esprit des loix T. 4. Libre 26. ch. 19. waren die Knechte verbunden, die im Ehebruch betroffene Hausfrau mit dem Ehebrecher zusammen zu binden, und so dem Manne und Richter zu überliefern. Montesquieu hält dies Gesez vor gefährlich, und will blos, daß dies ein besonderes Hausgesez und nicht ein bürgerliches Gesez seyn sollte. 9) Die Entleibung eines nächtlichen Diebes *m*), wenn derjenige, welcher seine Güther wieder selbigen zu vertheydigen bemühet ist, sich in Gefahr seines Lebens oder Gliedes befindet. 10) Die Entleibung eines Strassenräubers *n*); 11) eines sich widersezenden Ausreissers *o*), oder 12) eines Ueberläufers *p*); 13) des Entführers *q*); 14) des gewaltsamen Schänders *r*). 15) Ueberhaupt alle Nothwehre *s*), und Vertheidigung in seinem eigenen Hause wider Stöhrer des Hausfriedens. 16) Wenn der Herr seinen Knecht grausam behandelt, so kann er sich auf die Flucht begeben *t*), welches noch mehr von unse-

ren Leibeigenen und Dienstboten gilt. 17) Ein Ehemann kann seine überwiesene ehebrecherische Ehefrau aus dem Hause stosen, und die Ehefrau ihren überführten ehebrecherischen odet grausamen Ehemann verlassen *v*). 18) Wenn der Erblasser gestattet hat, den Besiz einer Sache zu ergreifen, wenn nur derselbe erlediget ist, und der Besizer sich nicht entgegen sezet *x*). 19) Meinen auf der Flucht befindlichen Schuldner darf ich anhalten, und mich seiner mit sich führenden Sachen bemächtigen, jedoch muß ich, sobald ich kann, solches dem Richter anzeigen, in dessen Bezirk solches geschehen ist, und ihm den Schuldner und dessen Sachen übergeben *y*). 20) Die eigenthätige Befreyung eines vor Gericht gezogenen, welcher gar nicht oder nicht auf die Art sollte vor Gericht geschleppet werden *yy*). 21) Wer Rechnung abzulegen verbunden ist, sich in eine Kirche oder in ein Kloster geflüchtet hat, und vielleicht gar schon den geistlichen Stand angenommen hat, kann mit Gewalt aus dem Kloster herausgeholet werden, um ihn zu dieser Schuldigkeit zu bringen *). Dies sind die Fälle, worinn nach römischen Rechten die Selbsthülfe erlaubt ist. Wer auser diesen Fällen sein eigen Recht gebrauchet, soll verschiedentlich gestrafet werden, wovon die gesezliche Stellen §. 2. Note c. gesammlet sind. Sogar sollen die Richter, welche gar keine oder gelindere Strafen erkennen, oder die eigenthätigen Handlungen überall nicht bestrafen, in Unehrlichkeit fallen **). Ob diese Strafen noch heut zu Tage im Gebrauche sind, ist eine bestrittene Frage. Die Gründe vor die

bejas

bejahende Meynung sind: a) die allgemeine Annahme des römischen Rechts; b) daß diese Strafe in der Cammergerichtsordnung von 1521. Tit. 32. wiederholet worden; c) daß die höchsten Reichsgerichte darauf sprechen z), d) daß fast die mehresten Rechtsgelehrte den Gebrauch und die Anwendung behaupten. Hier will ich nur Boehmer im I. E. P. L. V. tit. 18. §. 3. seq. und seine Diss. de poena jus sibi dicentis sine jud. anführen. Allein ich kann dem ohngeachtet von der in meiner inaugural-Dissertation *aa*) behaupteten Meynung nicht abgehen. Denn was a) das römische Recht betrift, so ist dies nur so weit angenommen, als die teutsche Verfassung nicht gerade widerspricht. Nun aber habe ich im folgenden §. gezeigt, daß bey den Teutschen die Selbsthülfe nicht so sehr verhaßt gewesen und noch nicht sey; und es erhellet aus vorangeführtem, daß der sonst so gerechte Einhalt, den ihr das römische Recht thut, hauptsächlich in der Macht der römischen Bürger seinen Grund habe. b) Ist vorläufig zu merken, daß jene Stelle der C. G. O. zuerst in dem Landfrieden von 1474. §. 1. und nachherigen Landfrieden vorkommt, mithin von der gröbsten Gewaltthätigkeit, welche durch überziehn, belegeren, berauben, befechten, bekriegen, fahen, Schlos oder Bevestigung absteigen, mit Mord und Brant beschädigen, zu verstehen sey. Dann hat sich vieles in die teutschen Geseze durch Unkunde der Verfasser, welche die römische Lehrsäze auf die ungereimteste Art auf die teutsche Verfassung angewandt haben, eingeschlichen; so gar daß man es sich hat beyfallen lassen, die Beysizer

des

des Cammergerichts mit den römischen Senatoren zu vergleichen *bb*). Daß die Leute zu der Zeit nicht wusten, wo sie zu Hause gehörten, davon ist nichts überzeugender, als daß in der C. G. O. von 1471. die orientalischen Kayser die Vorfahren der teutschen genannt, auch die Sportuln des römischen Rechts beybehalten, jedoch in R. A. von 1498. §. 30. wieder abgeschaffet sind. Dem sey aber, wie ihm wolle, so ist doch in der neuern Cammergerichtsordnung von 1555. Th. II. Tit 21. diese Stelle ganz weggelassen, und der Erinnerungen der Stände in den Cameralzweifeln *cc*) ohngeachtet, giengen die Schlüsse des Cammergerichts dahin, daß das, was im römischen Gesezbuche enthalten sey, ganz sicher in der Ordnung ausgelassen werden könne. Nach dem gleich darauf folgenden 22. Titel verliehret der, welcher mittelst ungesezmäsigen Arrestes, welcher doch eine sehr sichtbare Selbsthülfe ausmachet, sich selbst Recht schaft, seine Sache keinesweges. Ja selbst auf den Landfriedensbruch ist der Verlust der Güter nicht schlechterdings gesezt, sondern sie müssen dem Friedbrecher zurück gegeben werden, wenn er dem Beleidigten Genugthuung verschaft. Von nicht geringerem Gewicht ist das Stillschweigen der besonderen Proceßordnungen, die aus der Cammergerichtsordnung, als ihrer Hauptquelle, hergenommen sind *dd*); vielmehr ist in selbigen schicklicher denen, welche sich unerlaubte Selbsthülfe erlauben, eine auserordentliche Strafe angedrohet *ee*). Wenn die Selbsthülfe mit einem Misbrauche der anvertrauten Gewalt verknüpfet ist, so wird die Strafe hiernach erhöhet; z. E. wenn ein Richter in seiner

ner eigenen Sache thätlich zufähret. c) Kann auch in einer so häufig vorkommenden Materie das eine oder andere Beyspiel keine Observanz ausmachen. Beym Cramer Th. I. Abh. 2. der W. N. St. hat das Capitul einen Grafen mit gewafneter Hand aus einem Guthe gesezet, welches der vorige Bischoff und der gröste Theil des Capituls demselben zu Lehn gegeben hatte, weil sie dies vor eine ungültige Veräuserung ansahen. Es ist aber die Sache wie ein bloses Spolium, freylich zu milde, betrachtet, und nicht auf Verlust des Anspruches oder Erstattung des Werths erkannt *). d) Werden die Rechtsgelehrten oft durch eine gar zu grose Liebe zum fremden Rechte hingerissen. Und was für Gewicht haben sie denn? Nicht das Zeugnis der academischen Gelehrten, sondern der würkliche Gerichtsbrauch bestimmt die Observanz. Daß aber dieser fehle, lehret die tägliche Erfahrung; denn nicht ein, oder zweymal geschieht es, daß jemand gegen diese römischen Gesezе handelt; sondern fast täglich kömmt ein solcher Fall vor; und doch läst sich kein einziger Fall anzeigen, wo der Gläubiger seine Forderung, oder der, welcher den andern wegen eines Anspruches an der Sache eigenthätig aus dem Besize eigenmächtig verdrungen hat, seine Sache verlohren hätte, oder deren Werth bezahlen müssen und unehrlich worden wäre *). So ist z. E. in römischen Rechten *ff*) verordnet, daß der Pächter, oder der, welchem eine Sache nur nach Willkühr des Leyhers übergeben ist, die Sache nebst dem Werthe erstatten soll, wenn er nach geendigter Pachtzeit die gepachtete oder ihm wiederruflicher Weise eingeräumte

Sache

Sache ohne rechtmäsige Ursache der Zurückbehaltung nicht räumen will. Nichts kömmt heutiges Tages häufiger vor, als dergleichen Fälle, und doch weis man von Leistung des Werthes nicht das geringste. Hierzu kommt noch e), daß wegen Verschiedenheit der öffentlichen Verfassung die fremden Strafgeseze nur mit äuserster Sorgfalt angewendet werden dürfen. Und wenn ich gleich f) zugeben wollte, daß meine Meynung zweifelhaft sey, so ist doch ausgemacht, daß in Strafsachen die gelindere Meynung der härteren allezeit vorzuziehen sey. Irre ich aber, so sage ich mit Cic. de off. L. 2. c. 2. alia certa, alia incerta esse dicunt; sic ab his dissentientes, alia probabilia, contra, alia non probabilia esse dicimus. Quid est igitur, quod me impediat, ea, quae mihi probabilia videantur, sequi: quae contra, improbare: atque affirmandi arrogantiam vitantem, fugere temeritatem, quae a sapientia dissidet plurimum.

a) tot. tit. D. quod quisque iur. in al. stat. (II. 2.), L. 14. §. 6. D. de bon. libert. (XXVIII. 2.), L. 39. D. sol. matrim. L. 7. § 3. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.), c. 6. X. de const. (I. 2.), GROTIVS de I. B. &. P. I. 2. 5, STRVVII D. de vind. priu. c. 12. Die Wiedervergeltung wird bey den Alten Lex Rhadamanti genennt, und hat die Regul der natürlichen Billigkeit zum Grunde: daß was dem einen Recht ist, auch dem anderen Recht seyn müsse.

a1) de PVFEND. animadv. iur. animadverf. 110. Struben rechtliche Bedenken Th. V. Bed. 47. ZIEGLER de iurib. Maiest. L. 1. c. 34. §. 8. arg. L. 3. D. de oper. pnbl. (L. 10.), c. dominus noster 23. qu. 2.

*) RU.

*) R. V. von 1570 §. 84. und von 1594. §. 80. ꝛc. v. Cramer wezl. Nebenst. Th. XL. n. 1. ZIEGLER de Iurib. majest. L. I. c. 34. §. 37.

b) So unrecht es ist, jemand aus seinem Besize zu verdringen, so erlaubt ist es, sich wieder diese Gewalt zu schüzen. LEYSER Spec. 591. arg. L. 18. 21. D. in de ius voc., L. 103. de R. I., L. 3. §. 1. D. de acquir. rer. dom. §. 12. I. de Rer. div. L. 13. §. fin.. L. 5. L. 23. D. de iniur. Spec. Sax. L. 3. art. 78., L. 31. D. depositi (XVI. 3.) arg., c. 6. X. de caus. poss. & propr. (II. 12) Nur gehet Berger El. proc poss. zuweit, wenn er §. 38. nach einem rechtskräftigen Spruche eine eigenmächtige Execution gestattet, und dieses nur als eine Fortsezung des Besizes betrachtet. Dadurch würden nur Thätlichkeiten veranlasset werden, welchen doch vorgebeuget werden soll. Arg. L. 5. 33. D. de acquir. l. amitt. poss., L. 18. pr. D. de vi et vi arm., L. 6. §. 2. D. de re iud.

c) L. 2. D. vti possid. (XLIII. 17.), L. vlt. D. de acquir. poss. (XLI. 2.).

d) L 29. §. 1. D. ad L. Aquil., L. 6. §. 1., L. 18. §. 3. D. de acquir. poss., L. 1. §. 23. 27. 28., L. 3. §. 9., L. 17. D. de vi & vi arm. (XLIII. 16.), L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.), L. 1. C. vnde vi (VIII. 14.), c. 12. X. de rest. spoliator. (II. 13.) c. 6. de sent. excomm. in 6. (V. 11.). Landfrieden von 1521. §. die Poen aller Friedbrecher vers. aber dem Beschädigten. Conc. II. 9. §. So jemand ꝛc. am Ende. Der §. 6. I de interd. (IV. 15.) ist von einer Wiedererlangung des Besitzes, welche nicht auf frischer That geschiehet, zu verstehen. Auf frischer That ist nicht blos von dem Augenblick sondern von der Möglichkeit sich Recht zu schaffen zu verstehen. L. 23. § 4. D. ad L. Iul. de adult. (XLVIII. 5). und vorzüglich Gail de pace publ. L. 1. c. 16. VINNIVS ad d. § 6. Ein Verpächter kann daher nach geendigter Pacht den Pächter aus dem verpachteten Guthe eigenmächtig herausseзen, wenn

nur der Pächter sich nicht thätlich wiedersezet. Struben Th. III. Bed. 57.

*e*) L. 5. C. de iure fisci (X. 1.), L vlt. vers. sed & si C de discuss. (X. 30.), L. 5. C. de executor. (XII. 61.), Struben Th. IV. Bed. 146. L. 33. C. de decurion. (X. 31.) L. 9. C. de metatis (XII. 41.)

*f*) L. 5. §. 10. D. de N. O. N. (XXXIX. 1.), L. 20. §. 1. D. quod vi aut clam. (XLIII. 24.).

*g*) L. 27. pr. D. de S. V. P. (VIII, 2.), L. 29. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), L 24. §. quid ergo D. de damno inf., L. 7. §. 3., L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam., iuncta L. 2. C. vt nem. lic. sine iud. aut sign. reb. imponere al. (II. 17.), L. 1. §. 27. 28 L. 3. §. 9. L. 17. de vi & vi arm. (XLIII. 16.), L. 3. § 4. D. vti possid. (XLIII. 17.), L. 1. §. 2. D de via publ. & it. publ. refic. (XLIII. 20.), L. 1. §. 5. 7., L. 6. §. 2. D. arb. furt. caes. (XLVII. 7.), L. 2. C. vt nemo priu. tit. praedii (II. 16.), L. 1. C. de interd. (VIII. 2). L. 1. C. unde vi, c. 6. de sent. excomm. in 6., c. 12. de restit. spol. Ordn. des Landfriedens zu Worms von 1521. tit. die Poen aller Friedensbrecher, in den Worten: Aber dem Beschädigten.

*h*) L. 7. §. belliſſime D. quod vi aut clam. L. 29. §. 1. D. ad L. Aquil.

*h*[1]) t. t. C. de his qui potentior. nomine titulos praediis affigunt (II. 16). t. t. C. ut nem. lic. sine iud. aut. signa imponere reb. al. (II. 17.) Nov. 17. c. 15. und die nicht glossirten Novellen 28. c. 5. und Nov. 164.

*i*) L. 31. §. 17., L. 56. D. de aedilit. ed. (XXI. 1).

*k*) L. 22. D. de hered. I. act. vend. (XVIII. 4.), L. 13. §. 8. D. de act. emt. vend. (XIX. 1.), L. 31. §. 8. D. de Aedil. ed. (XXI. 1.), L. 20. §. 1. D. qui testam. fac. poss., L. 15. §. 2. D. de furtis (XLVII. 2.).

*kk*) arg. L. f. C. de compens. Mev. P. II. Dec. 15. n. 3. u. 5. Dec. 33. n. 5.

*l*) L. 11. C. depositi (IV. 34.).

*) L. 25.

*) L. 25. D. de pign. & hyp.

**) L. 8. D. in quib. caus. pign. I. hypoth. tacite contrah.

*t*) L. 20. 25. 32. 38. §. 9. D. ad L. Iul. de adult. XLVIII. 5.), L. 4. C. ibid. (V. 9.) Nou. 117. c. 15., c. 3. X. de sent. excomm (V. 39.). art. 142. C. C. C., L. 3. §. 3. D. ad SCt Sil. (XXIX 5.).

*u*) Exodi XXII. 2., L. 4. 5. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), L. 54. §. 2. D. de furtis (XLVII. 2.). L. 9. ad L. Cornel. de sic. (XLVIII. 8.) c. 3. X. de homicidio (V. 12.). art. 150. C. C. C. LL. XII. Tabb. *si nox furtum faxit. & in aliquis occisit, iure caesus esto.*

*v*) L. 4. C. ad L. Cornel. de sic. (IX. 16.). Rec. Imp. de 1559. §. und habens uns demnach.

*o*) L. 19. §. 4. D. de capt. & postlim. reu. (XLIX. 15.), L. 19. §. 8. D. de re mil. (XLIX. 16.), L. 2. C. quando vnicuique sine iud. (III. 27.), L. 2. C. de desert. (XII. 46).

*p*) L. 3. §. vlt. D. ad L. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8).

*q*) L. vn. C. de rapt. virg. (IX. 13.).

*r*) L. 1. §. 4. C. ad L. Cornel. de sicar. (IX. 16.)

*s*) L. 3. D. de I. & I., L. 4. 5. 45. §. 4., L. 52. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), L. 1. §. 4. D. ad L. Corn. de sic. (XLVIII. 8.), L. 2. C. ibid. art. 138. seq. C. C. C., Exodi XXII. v. 2. GROTIVS de I. B. & P. I. 3. 2. 2. und vorzüglich Gail de pace publ. L. 1. c. 16.

*t*) §. 2. I. de his qui sui I. al. iur. sunt (I. 8.), L. 2. D. ibid. (I. 6.).

*v*) c. 8. X. de rest. spoliat. (II. 13.), c. 2. X. vt lite pend. (II. 16.) Dieses redet von unerwiesenen Fällen c. 4. X. de diuort. (IV. 19).

*x*) L. 36. 37. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1).

*y*) L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred., L. 54. C. de decur. (X, 31.).

*yy*) L. 1. §. 2., L. 2. 3. pr. §. 1., L. 4. §. 2. D. ne quis eum (II. 7.).

*) Nov. 17. c. 7. c. 1. L. 4. 12. C. de Ep. & cler.

**) L. 8. §. 2. C. ad L. Jul. de vi publ. & priv. (IX. 12). und noch härter im darauf folgenden Gesetze.

*z*) WERNHER P. IV obs. 99. de LVDOLF in Symphorem. Consil. & Decis. T. I. Cons. 18. p. 431-440. TAFINGER Instit. iur. cam. S. III. Tit. IX. §. 562. edit. nou.

*aa*) de non-vsu Decreti D. Marci. Dieser ist entgegen gesetzt. Ernst Lud. Aug. EISENHART D. de poena LL. rom. adv. vindictam privatam sancita in foris adhuc valida. Von den Neueren tritt Quistorp peinl. Recht. Th. I. §. 190. meiner Meynung bey, die ich nicht ehender änderen kann, bis der fortgesetzte Gerichtsgebrauch, nicht aus Büchern, sondern aus rechtskräftigen einstimmigen Urtheilen dargethan wird.

*bb*) C. O. C. P. I. tit. 9. pr.

*cc*) Beym Hrn. v. Ludolf. de iure cam. in app. S. 11. und 12. DENAISIVS de iure cam. beym Worte: possessio, tit. 221.

*dd*) Reichsdeputationsabschied von 1600. §. 15. Concept der Cammergerichtsordnung II. 31. 9. jüngster Reichsabschied §. 137.

*ee*) Calenbergische Canzleyordnung Tit. 37. §. 9. Das nähmliche bezeugt von dem sächsischen Gerichtsbrauch Carpzov P. 4. Const. 35. def. 11. und 12. Von den hiesigen Landen PVFEND. Introd. in proc. crim. c. 1. §. 2. seq.

*) BEHRENS in Diss. de moderno vsu constitut. pac. publ. C. V. §. 10. tanta igitur difficultate obuia, recurres fortassis ad alias poenas praeter bannum occurrentes, qualis est e. g. — poena L. 7. C. vnde vi. Verum ex identitate rationis hanc quoque poenam frustraneam censeo. Nam etsi non raro huiusmodi supplicationum exempla exhibita legan-

legantur apud Blum. et Hoffm. in supplicat. cameral:, quas inter in causa Biechtestel contra Fuld de 1567. 13. Aug. talis citatio decreta extat, ap. Blum. T. 18. n. 31. tamen, cum non de libellis aduocatorum, non de decretis processibus, sed de sententia loquamur, quae sola affert celebritatem actioni, condemnationem ad praescriptum dictae legis secutam *nullibi* leges.

ff) L. 34. C. de locato conducto (IV. 65.).

## §. 4.

### Von der nach teutschen Gesezen erlaubten Selbsthülfe.

Nie war die eigenthätige Gewalt den Teutschen so verhaßt *a*), noch ist sie es bis auf den heutigen Tag so sehr, als sie es bey den Römern war *b*). Denn 1) stehet sie gegen einen Geächteten in dem Grade zu, das man vielmehr in eine Strafe fällt, wenn man sie unterläßt [S. summarischen Proceß vom Landfriedensbruch §. 4.]; 2) gegen die Landfriedensbrecher [Ebendas.]; auch den Hausfriedensbrecher *c*). 3) gegen den Zigeuner *d*). 4) Gesezliche *e*) und durch Verabredung mit dem Schuldner verstattete Pfandungen, die Behuf Erlangung einer Schuld *f*) vorgenommen werden, machen eine erlaubte Selbsthülfe aus. Eine solche Pfandung ist in der Clausul: mit oder ohne Recht, enthalten, und würket einen unbedingten Strafbefehl *g*). Ob aber gleich alsdann die Selbsthülfe erlaubt ist, so muß man doch davon abstehen, wenn sich der Schuldner so widersezt, daß die Pfänder ohne Streit oder Tumult nicht weggenommen werden können *h*). Pfandungen bey Beeinträchtigungen der Güther oder, Gerechtsame sind in L. 39. pr. §. 1. D. ad L. Aquil.

in Ansehung des Viehes verbothen, und soll das zu Schaden gehende Vieh so abgetrieben werden, wie er das seinige abtreiben würde. Nach teutschen Rechten sind selbige aber gestattet *i*). Nur müssen sie auf frischer That, an Ort und Stelle, nicht übermäsig geschehen *k*) und die Pfänder dem Gerichte abgeliefert werden, welche dann wenn der Schade leicht ersezet werden kann, mit Vorbehalt der Hauptsache, zurück gegeben werden. Einer rechtmäsigen Pfandung darf sich der Gepfändete nicht wiedersetzen *l*). 5) Ist eingeführt, daß man den Besiz einer erledigten Erbschaft vor Notarius und Zeugen ergreifen kann; welches aber das römische Recht nicht gestattet *m*). 6) Zur Zeit eines gänzlichen Stillstandes des Gerichts *n*) ist die Selbsthülfe erlaubt, weil alsdann die Unterthanen gleichsam in den natürlichen Zustand zurückgesezet sind. 7) Kann man noch hierher rechnen, wenn der Richter sonst nicht bey der Hand und Gefahr beym Verzuge ist, auch keine unerlaubte Gewalt ausgeübt wird *o*). Den Handwerkszünften wird 8) die eigene Gewalt verstattet, wenn Pfuscher das Handwerk zu treiben sich unterfangen; und es wird nur heut zu Tage eine Anzeige bey Gericht erfordert, welches ihnen einen Gerichtsdiener zuordnet, damit sie nicht, wie sie wohl sonst zu thun pflegen, unvernünftig zufahren *p*). Die Handwerker wollen sich häufig ein Confiscation an den weggenommenen Arbeiten und Geräthschaften anmasen, allein ohne eine besondere Begnadigung kann ihnen dieses nicht zugestanden werden. Die catholischen Rechtsgelehrten behaupten arg. L. 11. D. de A.

R. D.,

R. D., L 14. C. de SS. Eccl. et Auth. ibid. den Saz, welcher in catholischen Ländern und Gerichten nicht aber in protestantischen durchgehet, daß wenn ein Kirchenguth nichtigerweise veräusert worden, der bürgerliche Besiz noch immer der Kirche zustehe, mithin wenn der jezige Besizer auf irgend eine Art aus seinem Besize gekommen, die Kirche sich dessen anmasen, und sodann der vorige Besizer wieder die Kirche nicht auf Wiedererlangung des Besizes summarisch klagen könne *q*), allein der Herr von Cramer in W. N. St. Th. I. Abhandlung I. behauptet das Gegentheil, und will durchaus die Rechtmäsigkeit oder Unrechtmäsigkeit der Veräuserung petitorisch untersucht wissen.

*a*) POMPON. Mela de situ orbis L. 3. saget von den Teutschen: ius in viribus habent, adeo vt ne latrocinii quidem pudeat. Eben dies sagt von den Allemanniern AMMIANVS MARCELLINVS hist. Lib. 17. c. 10. u. 12. und SIDONIVS APOLLINARIS Lib. 8. Epist 6. von den Sachsen, und beym Livius Lib V. Historiar. antworten die Gallier den Hetruskern se in armis ius ferre et omnia fortium virorum esse. VELLEIVS PATERCVLVS Histor. rom. L. 2. c. 118. bezeuget, daß jeder befugt gewesen sich Recht zu schaffen. Diese schöne Stellen hat Schmidt in der Geschichte der Teutschen I. B. 2tes Cap. S. 19. gesamlet.

*b*) Struben Bedenken T. I. p. 201. Spittler in der Gesch des Fürstenth. Hannov. Th. I. p. 44. führet das Hannöv. Statut von der Sülfrüchte an, welche selbige mit IV. solid. bestraft. Sülfwolde Brschw. Anzeigen de 1746. S. 538. f.

*c*) GERDESII D. de pace domest. c. 6. §. 2 Walch triga programmatum de pace domestica. Arg. L. 18. 21. D. de in ius voc., L. 103. de R. I., L. 1. C. de praetor. (XII. 2.), arg. L. 3. §. 1. D. de acquir.

rer. dom. (XL. 1.), §. 12. I. de R D., L. 5. 13. § fin, L. 23. D de iniur., Sachsenſp. L. 3. art 78 ſumm. q und Gloſſa, LEYSER Spec. 591. CIC. in orat pro domo c. 41. Quid enim eſt ſanctius -- quam domus vniuscuiuscunque ciuium -- hoc perfugium ita ſanctum omnibus, vt inde abripi neminem fas ſit.

d) Reichsabschied von 1500. Tit. von Zigeunern, Reichspolizeyordnung von 1577. Tit. 28.

e) Eine Sammlung teutscher Gesetze hat Hr. von Pufendorf de iurisd Germ. P. III. S. III. C. III. § 7, u. f. geliefert. So dürfen die Lüneburgischen von Adel und die Stadt Göttingen Pfandungen in fremder Gerichtsbarkeit wegen ihrer unbestrittenen Dienste und Gefälle vornehmen. Eine offenbahre Selbsthülfe! Von Hessen kommen Beyspiele vor bey Kopp von den geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. I. §. 278. Reichsabschied zu Frankfurt von 1442. Tit von der Schuld die kundtlich unlaugbahr ist. Von der Bremischen Guthsherrn Befugnis zu pfänden. S. de PVFEND. T II. Obs. 61. Von der im Cellischen erlaubten privat Pfandung S. Struben Th. V. Bed. 95. In einem herzoglich Braunschweigischen Lehnbriefe über das Guth Ildehausen so denen v Campen verliehen, ist selbigen die Pfandung wegen liquider Gefälle in den fürstlichen Dörfern gestattet. Die Schützengesellschaft in Lüneburg pfändet die Schützen öffentlich dem Herkommen gemäs.

f) Nach dem Sinne des neueren römischen Rechts übt zwar alsdann jemand keine Gewalt aus; allein die richterliche Hülfe wird doch nach römischen Grundsäzen immer erfordert. L. 3. C. de P. et H. (VIII. 14.).

g) Reichsdeputationsabschied von 1600. §. 32.

h) Dies behauptet Struben Th. II. Bed. 32. wieder Kopp de iure pignorandi conuentionali §. 19. u. f. S. auch de PVFEND. T. II. obs. 62.

i) Sächsisch. Land R. Th. II. art. 47. 27.

k) Gan-

k) Gandersh. Landb. Tags-Absch. von 1601. Art 39. Hannöv. Landtags-Absch. von 1639. §. 23.

l) Der angezogene Art. 27. Hannöv. Landtags-Absch. l. c. Hahn de Iure pasc. §. 44.

m) L. 13. D. quod metus causa, L. 7. C. vnde vi (VIII. 4).

n) Iust. Henn. BOEHMERI Diss. de eo quod iustum est tempore iustitii. Wenn aber ein höheres Gericht da ist, so muß man sich an dieses wenden. K. Frieder. II. im Maynz R. A. v. 1235. c. IV. §. 2. erlaubet die Befehdung, doch bey Tag, und nach Ablauf 3 Tage, wenn einer geklaget hat, und ihm nicht gerichtet wird.

o) GROTIVS de I. B. et P., L. 1. c. 3. §. 2.

p) Fricke Grundsäze des Rechts der Handwerker §. 80.

q) BARTHEL Opusc. iurid. T. II. Opusc. VIII. de reb. eccl. non alien. art. 4. §. 11.

## §. 5.

### Erlaubte Selbsthülfe nach dem Staats- und Lehnrechte.

Noch gehört aus dem teutschen Staatsrechte hierher: 1) wenn neue Zölle eingeführt werden wollen; alsdann hat jeder benachbarte Reichsstand die Befugnis, durch eigenthätige Gewalt sich zu widersezen *a*). 2) Stehet den Reichsständen die Selbsthülfe in Ansehung ihrer Regalien zu *b*). 3) Wenn gegen den westphälischen Frieden gehandelt wird *c*). Imgleichen ist sie 4) gegen widerspenstige Unterthanen in Sachen, die die landesherrlichen Rechte betreffen, erlaubt *d*). Wenn das sichere Gelett der nach dem Wahltage reisenden oder zurückgehenden Chur-

fürsten oder deren Gesandten, oder von den Frankfurtern selbst gebrochen wird e). Wenn endlich 5) nach den Lehnrechten der Landesherr durch das Lehengericht verurtheilt ist, der Sentenz aber nicht nachkömmt und keinen Obern hat, an den man sich wenden könnte, so kann der Vasall sich durch eigene Gewalt helfen f).

a) Capit. Franciſci art. VIII. §. 16 - 20.

b) Ludeking de via facti Principibus imperii permissa; Strykii Diss. von nehmlichen Innhalt. G. L. *Boehmer* und G. M. Struben D. Princeps imperii ius suum vi atque armis tuens.

c) Dies behauptet G. D. Struben Nebenstunden Th. 14. N. 27. gegen Sündermahler, den er daselbst wiederlegt hat.

d) I. P. O. art. 17. §. 7. Jüngster Reichsabschied §. 143. Capitulat. Kayser Franz Art. 15. §. 8.

e) Güldene Bulle c. 1. §. 2. 22.

f) II. F. 22. Ius Feud. Alem. c. 13. 14. 20. 36. §. 4. wo es heißt: "so unterwinde sich der Mann „selbst seines Lehens".

# Zweytes Hauptstück

## von

## schiedesrichterlicher Untersuchung und Entscheidung [de compromisso, recepto, & laudo arbitrorum].

### §. 6.

### Begriff und Abtheilungen.

Ohne Anrufung und Hülfe des Gerichts, aber doch mit Beobachtung des Rechtlaufes, verfolgen wir unser Recht, vermittelst einer vertragsmäsigen Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreites *a*), die von einer Privatperson *b*), welche Schiedsrichter heist, unternommen wird. Ein sehr kräftiges Mittel wieder die Vervielfältigung der Rechtsstreitigkeiten! In älteren Zeiten wurden Staatshändel den Päbsten als Schiedsrichtern vorgeleget *b*[1]). Als aber diese sich zu ordentlichen Richtern, wegen der Sünde und Vergiessens des Christenbluts, aufwerfen wollten, Schmidts Geschichte der Teutschen B. VI. Cap. 22. S. 293. u. f., so muste sich jeder Regent wohl entsehen, den Pabst zum Schiedsrichter zu wählen. Ohne diesen Misbrauch wäre also mancher Krieg vermieden, und was hätten kluge Päbste nicht vor eine vortrefliche Gelegenheit gehabt, das verheerende Kriegsfeuer zu ersticken, wenn es ihnen mehr um das Wohl der Christen-

heit,

heit, als um Ausbreitung der päbstlichen Gewalt zu thun gewesen wäre. Austrägen, oder gesezmäsige Schiedsrichter, vertreten die Stelle der ordentlichen Richter, und gehören also hier nicht her *c*). Dergleichen sind im Osnabrückschen bey der Abfindung der Töchter in dem landesherrlich bestätigten Verein vom 15ten May 1778. verordnet. Bey der vertragsmäsigen Entscheidung einer Sache, sind 1) die compromittirenden Personen, 2) der Schiedsrichter, 3) das wesentliche des Vertrages, 4) die Art des Verfahrens, 5) die Würkung des Ausspruchs, und 6) die Aufhebung des Compromisses, in den folg. §§. zu betrachten.

*a*) Erfordert die Untersuchung und Entscheidung eine Rechtswissenschaft, so wird ein Schiedsrichter [arbiter] L. 1. D. de receptis et qui arb. (IV. 7.), ist aber die Kenntniß einer Kunst oder Handwerks erforderlich, so wird ein Schiedsmann, Achtsmann [arbritrator] erwählet, dessen Ausspruch aber, wenn bey der Untersuchung oder Gutachten etwas mit Grunde auszusezen ist, allezeit noch eine anderweite Besichtigung und Gutachten zuläffet L. 76. 80. D. pro socio (XVII. 2.), zusammengehalten mit L. 13. §. 2. de recept. qui arbitr. recep. (IV. 7.). Es ist also auch ein Unterschied zwischen dem schiedsrichterlichen Ausspruche [laudum] und dem Gutachten der Kunstverständigen [arbitrium] parere nach dem Kaufmanns-Styl, zu machen. Jenes hält die Entscheidung des Rechtsstreits in sich. Dieses ist ein Beweismittel. Diese Begriffe vermischet Sternben Th. IV. Bed. 125.

*b*) Als einer Privat-Person, ob sie gleich sonst ein öffentliches Amt führet.

*b*[1]) Lu-

b[1]) Ludewig der IXte König in Frankreich, wurde von Heinr. dem III. König von Engel. und dem Grafen von Leicester zum Schiedsrichter erwählet.

c) Gesezmäsige Schiedsrichter sind diejenigen, welchen, als ordentlichen Richtern, nicht durch einen Vertrag der Partheyen, sondern vom Gesezgeber selbst, oder auch durch ein Herkommen, die Gewalt, streitige Händel zu untersuchen und zu entscheiden, verliehen ist. Nicht gleiche Bewandnis hat es mit den Schiedsrichtern, welche im Testament oder Familien-Verträgen gesezt werden; Cammergerichts-Ordnung II. Th. Tit. 5. und 6. Denn diese haben ihre Gewalt aus einem privat-Auftrage, und daher fehlt ihnen die Gerichtsbarkeit. Sind aber Familen-Austrägen mit landesherrlicher Confirmation zu ordentlichen Richtern ernannt, so erlangen sie dadurch ihre Bestätigung, und treten an die Stelle des ordentlichen Richters. Ein solches Compromiß, das sich (wie gewöhnlich in Testamenten und Familien-Verträgen zu geschehen pfleget), auf alle Streitigkeiten erstrecket, heist bey den Römern ein volles [plenum] L. 21. §. 6. D. de recept. qui arbitr. Eine besondere Art eines gesezmäsigen Schiedsrichters kömmt im Hamburgischen Admiralitäts-Schlus vom 5ten Februar 1705. nach dem Zeugnis des Langenbecks in Anmerkungen über das Hamburg. Schif- und See-Recht S. 324. vor, vermöge dessen Assecurations-Sachen, ehe sie vor das Admiralitäts-Gericht gelangen können, Schiedsrichtern vorgetragen werden müssen. Nach dem canonischen Rechte müssen Schiedsrichter zur Untersuchung der Frage von Unfähigkeit des Richters bestellt werden; aber heutiges Tages erkennet der Oberrichter darüber. c. 39. X. de off. et pot. iud. del. (I. 29.), c. 61. X. de appellat. (II. 28.), c. 11. de off. iud. del. in 6. Die Landrabbiner siehet man in Sachen der Juden unter einander als blose Schiedsrichter an, von deren Aussprüche an den ordentlichen Richter gegangen wird. Struben Th. III. Bed. 80. und 81. Beym Blum

in

in supplicat. camer. S. 218. kömt ein Mandat wieder die Judenschaft zu F. vor, welche sich in einer rechtshängigen Sache des Bannes wieder den Schuldner bedienet.

## §. 7.

### 1) Von den compromittirenden Personen.

1) Auser der allgemeinen Fähigkeit, Verträge zu schliesen, wird 2) erfordert, daß die compromittirenden Personen freye Macht haben, über ihre Sachen zu ordnen und sie zu verwalten, weil ein Compromiß einem Vergleiche gleich geschäzet wird *a*). Eine Frauensperson kann nicht vor einen Dritten compromittiren *b*). 3) Hängt das Compromiß, so wie jeder andere Vertrag, vom freyen Willen der Partheyen ab *c*), und dieser muß strenge ausgeleget, und nicht leicht ausdehnend erkläret werden, wofern es nicht durch eine ungezwungene Erklärung geschiehet. 4) Ein Anwald kann ohne besondern Auftrag keinen Schiedsrichter ernennen *d*). Wenn im Testamente oder Familienverträgen ein volles Compromiß geordnet ist, so muß dahin gesehen werden, daß diese Verordnung auch einen Ausgang haben könne, woran es aber fehlen würde, wenn der Erblasser nicht bedachten Personen, oder die pacisçirenden Theile den Seitenverwandten, die das, was von jenen geschiehet, zu leisten nicht schuldig sind, Familienausträgen aufbürden wollten.

*a*) L. 27. §. 2. D. h. t., c. 13. X. h. t. (I. 43).

*b*) L. 31. §. 2. D. h. t.

*c*) L. 3. §. 1. D. h. t.

*d*) c. 9. 10. X. h. t.

## §. 8.

## §. 8.

### 2) Vom Schiedsrichter und Obmann.

Bey den Schiedsrichtern ist zuförderst die Fähigkeit zu betrachten. Eben die Fähigkeit, die beym Richter erfordert wird, (§. 45. 46.) ist auch beym Schiedsrichter nöthig, weil dieser die Stelle eines Richters, obgleich nur als Privatmann, vertritt *a*). Die Fähigkeit wird nach zwey Zeitpuncten, des Compromisses und des Ausspruches, beurtheilet, obgleich mit Einwilligung der Partheyen die Entscheidung gilt, wenn der Schiedsrichter auch nur zur Zeit des Ausspruches fähig ist *b*). Auf einen fähigen und unfähigen kann nicht zugleich compromittiret werden *c*). Als unfähig werden verworfen: 1) Frauenspersonen *d*), 2) Knechte *e*), 3) Wüthende, 4) Blödsinnige, 5) Pupillen *f*), 6) Minderjährige unter 20. Jahren *g*), 7) Taube, 8) Stumme, 9) Layen in geistlichen Sachen *h*), 10) der Schiedsrichter in seiner eignen Sache *i*): folgende werden jedoch zugelassen: α) der väterlichen Gewalt unterworfene, obgleich in der Sache ihres Vaters *k*), β) der ordentliche Richter, welcher nur in der nehmlichen Sache, worinn er geurtheilet hat, nicht Schiedsrichter seyn kann *l*). Auch wird γ) keine anrüchtige Person ausgeschlossen *m*). Heutiges Tages wird häufig auf Juristen-Facultäten, auch wohl auf ganze in- oder ausländische Justizstellen compromittirt, besonders in testamentarischen oder Familien Compromissen. Erstern Falls ist es rathsam, daß man sich entweder wegen ein oder etlicher Facultäten vergleichet, oder einen Dritten

bestimmt, welcher die Acten verschicket und an Eides Statt versichern muß, daß er den Ort als das gröste Geheimnis bey sich behalten wolle. Es können einer oder mehrere Schiedesrichter, jedoch in ungleicher Zahl *n*), gesezet werden, und zwar entweder gemeinschaftlich [coniunctim], oder alle für einen und einer für alle [in solidum]. Wenn mehrere in unzertrennter Verbindung bestellet sind; so müssen alle gegenwärtig seyn *o*), die mehrere Zahl aber beschliest, wohin auch die kleinere Summe gehört *p*); wenn sie in Ansehung derselben verschiedener Meynung sind. Wenn sie über die Sache selbst uneins und die Stimmen gleich sind, so können zwar die Partheyen einen Obman erwählen, und ihn im Compromiß bestimmen, nicht aber die Schiedsrichter, *q*) es sey denn, daß sie im Compromiß dazu autorisiret wären, wohl aber können die Partheyen *q*), wenn hierüber nichts ausgemacht ist, vom ordentlichen Richter angehalten werden, daß sie einen Obmann wählen *r*).

*a*) L. 1. D. h. t. Indessen hat Scheid vom hohen und niedern Adel S. 121. erwiesen, daß Fürsten Schiedsrichter aus dem niedern Adel, welche doch ihre Richter nicht seyn konnten, erwählet haben. In Assecuranz-Sachen wird oft schon in der Polize auf drey erfahrene Kaufleute compromittirt.

*b*) L. 9. pr. D. ibid.

*c*) L. 7. und 8. D. ibid.

*d*) L. vlt. C. h. t. (II. 56.). Sie können es aber seyn, wenn sie die Gerichtsbarkeit haben, c. 4. X. h. t. (I. 43.).

*e*) L. 7.

e) L. 7. pr. §. 1. D. h. t., ohne Rücksicht auf ihren Stand, sie mögen freygebohren, oder freygelassen seyn.

f) L. 9. §. 1. D. h. t.

g) L. 41. D. h. t. Doch steht ihnen die Wiederherstellung in den vorigen Stand zu, wenn sie das Compromiß unbedachtsamer Weise angenommen haben.

h) c. 8. und 9. X. h. t.

i) L. 51. D. ibid.

k.) L. 5. und 6. D. h. t.

l) L. 3. §. 3. in fine und L. 4., zusammen gehalten mit dem L. 9. §. 2. D. h. t., c. 7. und 10. X. h. t., Reichsabschied von 1594. §. 65., wo verordnet wird, daß es den Reichsunmittelbaren erlaubt sey, auf das Cammergericht zu compromittiren. de PUFENDORF Tom. I. obs. 170.

m) L. 7. pr. D. h. t.

n) c. 1. X. h. t.; siehe jedoch cap. 3. ebendas.

o) L. 17. §. 7., L. 18. ibid. Das Gegentheil wird verordnet im c. 2. de arbitr. in 6to (I 22.). Nur muß der Abwesende rechtliche Hindernisse haben, und von den übrigen Schiedsrichtern, wenn sie die Sache vornehmen wollen, vorher erinnert seyn.

p) L. 27. §. 3. ibid., c. 1. de arbitr. in 6.

q) L. 17. §. 5. ibid., c. 12. X. de arbitr., c. 39. X. de off. et pot. iud. del. (I. 29.), c. 61. X. de appell. (II. 28.).

r) d. L. 17. §. 6., c. 2. de appellat. in 6.

## §. 9.

### 3) Von den verschiedenen Verträgen. *a*) Vom Compromiß und dessen Würkungen.

Es ist ein doppelter Vertrag erforderlich; der eine, wodurch die Partheyen unter sich die schiedesrichterliche Untersuchung und Entscheidung bestimmen, welcher das Compromiß, der andere, welcher zwischen den Partheyen und dem Schiedesrichter über die Annahme der schiedesrichterlichen Untersuchung und Entscheidung eingegangen und receptum genannt wird. Das Compromiß wovon zuerst gehandelt werden soll, ist ein Vertrag *a*) der streitenden Theile, vermöge dessen sie einem oder mehreren eine streitige Privaesache mit Beobachtung des Rechtslaufes zu untersuchen und nach den Umständen der Sache zu entscheiden, unter angehängten Strafen im Uebereretungsfall, auftragen. Es wird daher 1) ein ausdrücklicher Vertrag erfordert *b*), er mag nun bedingt oder unbedingt seyn *c*). Diesen Vertrag gehen 2) die streitenden Theile ein, sowohl Unterthanen als Fürsten, Kläger, Beklagter und Intervenient, nicht aber der welchem ein Rechtsstreit verkündigt ist [litis denunciatus], als welchen das Compromiß nicht in sich begreift. Nüzlich geschieht der Erben Erwähnung *d*). Es wird 3) ein Rechtsstreit, der entweder eine gewisse und bestimmte, oder aber alle streitige Sachen unter diesen Partheyen betrift *e*), erfordert; diejenigen Sachen aber, welche zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehören, oder Wiedereinsezung in den vorigen Stand *f*) betreffen, und daher eine richterliche

Gewalt

Gewalt erheischen, gehören nicht vor den Schiedsrichter *ff*). Oft wird ein Compromiß in einer rechtshängigen Sache über incident-Puncte des Verfahrens von den Partheyen, und wenn es blos die Fristen betrift, von den Anwälden eingegangen, und des Richters Genehmigung darüber erbethen. Die Sache muß 4) eine privat-Sache seyn, das heiset vom Willkühr der Unterthanen abhängen; sie muß nicht die Ehe, den Stand der Person, das Volk oder gemeine Wesen [causa regiminalis, popularis], oder ein Verbrechen angehen; überhaupt muß sie das öffentliche Recht nicht betreffen, denn dies ist den Verträgen der Privatpersonen nicht unterworfen *g*). Der Magistrat der Reichsstadt Mühlhausen und Bürgerschaft hatten unterm 3ten April 1733., da schon wegen der ausgebrochenen Unruhen auf die Könige von Preussen und von Engeland als Churfürsten, und auf den Herzog zu Braunschweig die Executions-Commission erkannt war, ein Compromiß auf den Herrn Herzog zu Gotha gestellet, welches vom kayserlichen Reichshofrath cassiret, und dies dem Herzog von Gotha mit einem Verweise vor seine Räthe, notificiret wurde. Fabers Staats-Canzley Th. 62. S. 700 u. f. 5) Muß der Schiedsrichter das aufgetragene Geschäft selbst verrichten; einem andern kann er ohne Einwilligung der Partheyen solches nicht auftragen, weil auf seine Person blos Rücksicht genommen ist *h*). 6) Die Untersuchung der Sache muß unter gehöriger Beobachtung des Rechtslaufes, das ist der Regul nach im ordentlichen Proceß, geschehen, dessen Bestimmung jedoch vom Vertrage

der Partheyen abhänget, und nüzlicher Weise auf den Ort *i*), auf die soviel möglich geschwinde und summarische Art des Verfahrens, und auf die Zeit, worinn das schiedsrichterliche Urtheil gesprochen werden soll, gerichtet wird, unter hinzugefügten Strafen, die von beyden Theilen auf den Fall des Ungehorsams und der Entgegenhandlung entrichtet werden sollen. Es muß 7) die Entscheidung nicht einer, sondern aller Sachen, so weit sie mit einander in Verbindung stehen, geschehen, und zwar nach den Sachumständen, nicht nach den Vorschriften der Partheyen *k*), welche Entscheidung vom Schiedsrichter selbst unter keinerley Vorwand abgeändert werden kann *l*). Es ist unnüz, den Schiedsrichter zu verpflichten, daß er Entscheidungsgründe angebe. Hingegen wird vorsichtig ausgedruckt, ob der Ausspruch schlechterdings verbinden, oder ob Rechtsmittel, und was für welche, dawieder Plaz greifen sollen. Endlich muß 8) eine vertragsmäsige Strafe (nicht aber ein Eyd *m*), welchen jedoch das canonische Recht zulässet *n*),) hinzugefüget werden. Diese Strafe gehöret zum Wesen des Compromisses, so daß, wenn blos ausgemacht ist, daß es beym schiedsrichterlichen Spruche sein Verbleiben haben solle, eine Klage auf etwas ungewisses [actio incerti] gegeben wird *o*). Sie muß aber beyden Theilen aufgelegt werden, sonst gilt das Compromiß nicht *p*). Die Strafe wird fällig, wenn jemand gegen die im Compromiß ausgedruckte Fälle *q*), oder sonst betrüglich handelt, z. E. den Schiedsrichter oder Sachwalter besticht *r*). Sie wird actione ex stipulatu, in factum, oder auch allenfalls de dolo *s*) eins

eingeklaget; jedoch mit Zulassung der Ausflucht rechtlicher Hindernisse *t*) und der nicht zustehenden Klage, wenn der Schiedsrichter den Auftrag überschritten, und ein unanständiges oder ungewisses Urtheil gefället hat *v*). Ueber die Strafe erkennet der Schiedsrichter nicht, wenn solches ihm nicht nahmentlich im Compromiß aufgetragen ist *x*). Wenn zur Erfüllung des schiedsrichterlichen Ausspruchs keine Frist vorgeschrieben ist, so ist stillschweigend eine kurze Zeit darunter zu verstehen; doch kann der Beklagte, ehe auf die im Compromiß enthaltene Strafe geklaget wird, seiner Schuldigkeit noch ein Genügen leisten, und dadurch seine Verzögerung in so weit wieder gut machen, daß er zwar in die Strafe nicht fällig vertheilet wird, aber dennoch für allen Schaden haften muß *y*). Ein Compromiß sistiret die Nothfristen einer eingewandten Appellation, welche nach dessen Aufhebung ohne Wiedereinsezung in den vorigen Stand fortgesezt werden kann *z*).

*a*) Nach den römischen Rechte wurde das Compromiß entweder durch einen schlechten Vertrag, oder durch eine Stipulation eingegangen. Heutiges Tages pflegt die Convention mittelst Bestellung einer Hypothek versichert zu werden.

*b*) L. 11. §. 1., L. 13. §. 2. h. t. welcher nicht nur eine Klage, sondern auch eine Schuzrede bewirket.

d. L. 13. §. 1., L. 2. ibid.

*c*) L. 11. §. 5., L. 12. 13. §. 3. und 4. D. h. t.

*d*) L. 27. §. 1. eod.

*e*) L. 21. §. 6. ibid. Dergleichen Compromiß ist jedoch nicht auf künftige Sachen zu ziehen, L. 46. ibid.; auch gehet ein Compromiß ohne einen besondern Vertrag nicht auf die Wiederklage, c. 6. X. h. t.

*f*) Wenn die Wiedereinsezung beyläufig [incidenter] gebeten wird, so ertheilt das canonische Recht dem Schiedsrichter die Befugnis, sie zu ertheilen, c. 9. X. de R. I. I. (I. 41.), STRYK de causa incidente c. 5. §. 3. 4.

*ff*) L. vlt. C. vbi et apud quem (II. 47.), L. 26. pr. §. 1. D. ad municip.

*g*) L. 3. pr., L. 32. §. 6. und 7. D. h. t., c. 3. 5. und 8. X. ibid., c. 21. X. de praebend. (III. 5.), c. 50. X. te test. (II. 20.), c. 9. X. de in int. rest. (I. 41.).

*h*) L. 32. §. 16. u. f. D. ibid., c. 13. X. de arbitr.

*i*) Im Zweifel wird für den Ort des Compromisses die Vermuthung gefaßt. L. 21. §. 10. D. h. t. Cammergerichtsordnung am angef. Orte.

*k*) L. 17. §. 3., L. 19. pr. D. h. t., arg. pr. I. de offic. iud. (IV. 17.).

*l*) L. 19. §. 2. d. t.

*m*) Auth. decernit C. h. t., Nov. 82. c. 11. §. 1., c. 9. X. h. t., BOEHMER I. E. P. Lib. I. tit. 43. §. 9.

*n*) c. 2. 9. 11. X. h. t. Im angeführten c. 11. geschiehet der Geiseln Erwähnung, welches wohl auf öffentliche, nicht aber auf privat-Sachen passet.

*o*) L. 11. §. 2. 3., L. 27. §. vlt. h. t.

*p*) L. 11. §. 4., L. 13. pr. ibid.

*q*) L. 23. D. ibid.

*r*) L. 31. D., L. 3. C. ibid.

*s*) L. 4. §. 6. C., L. 31. D. ibid. Heut zu Tage wird executivisch auch um ein Mandat mit oder ohne Clausul gebethen, nachdem das Compromiß durch privat-

privat- oder öffentliche Urkunden sofort beleget und bescheiniget wird.

t) L. 21. §. 9. h. t.
v) ibid. §. 3. 4. 7. 8. 10. 11.
x) ibid. §. 4.
y) ibid. §. fin.
z) Clem. 4. de appellat. Nov. 93.

## Formular eines processualischen Compromisses.

### Titul des Gerichts.

Endesunterschriebene Anwälde zeigen hiemit an, daß sie übereingekommen, die Beweisfrist bis zu instehendem Michaelistage, wo sie erst zu laufen anfangen soll, auszusetzen haben, weil Hofnung vorhanden ist, daß binnen dieser Zeit die Sache durch Vergleich beygeleget werde. Wir bitten daher gehorsamst:

Dieses Compromiß obrigkeitlich zu genehmigen.

Hierüber u. s. w.

N. Klägers Anwaldt.
O. Beklagtens Bevollmächtigter.

### Rubrik:

Gemüssigte Compromiß-Anzeige
an Seiten
der beyden Sachwalter N. und O.
zu den Acten
Cajus Kläger
wider
Titius Beklagten
wegen ꝛc.

## §. 10.

### b) Von der Uebernahme des Compromisses [de recepto] und dessen Würkungen.

Da aber die streitenden Theile durch ihren Vertrag nicht bewürken können, daß ein Dritter die Sache übernehmen müsse, so ist nöthig, daß auch mit dem Schiedsrichter ein besonderer Vertrag eingegangen werde, welcher die Uebernahme [receptum] genannt wird *a*). Dies ist ein Vertrag zwischen den streitenden Theilen auf der einen, und dem Schiedsrichter auf der andern Seite, vermöge dessen er das streitige Geschäfte nach Vorschrift des Compromisses zu untersuchen und zu entscheiden übernimmt. Ob daher gleich zwey Verträge bey Bestellung eines Schiedsrichters eingegangen werden, so werden sie doch nüzlicher Weise in einer Urkunde mit einander verbunden. Aus der Annahme des Compromisses wird der Schiedsrichter verpflichtet: 1) die Sache zu untersuchen, und zu entscheiden, und wird dazu durch eine Geldstrafe *b*) angetrieben, in Ansehung deren das richterliche Amt summarisch angerufen wird. Es kann auch, welches noch rathsamer ist, eine vertragsmäsige Strafe angehängt, und daher auf diese geklagt werden. Sind 2) mehrere bestellet, so sind entweder alle zugleich, nie einer allein, zur Fällung des Ausspruches anzuhalten *c*). Ist 3) ein Tag hinzugefüget, so muß innerhalb desselben die Sentenz gefället, oder der Tag mit Einwilligung der Partheyen weiter hinaus geschoben werden *d*). Ist kein Tag bestimmet, so kann er zu allen Zeiten zur Erfüllung seines Versprechens angehalten wer-

den

den *e*). Ueber mehrere zusammenhängende Sachen muß er den Ausspruch auf einmal thun; sonst wird dafür gehalten, daß er gar nicht gesprochen habe, welches in abgesonderten Sachen sich anders verhält *f*). Durchaus soll er den Ausspruch mündlich eröfnen, nicht blos schriftlich zustellen *ff*). Der Schiedsrichter wird aber von seiner Schuldigkeit einen Ausspruch zu thun entbunden: 1) wenn ihn die Partheyen an seiner Ehre verlezt haben, jedoch nicht ohne vorhergehende Untersuchung der Sache *g*); 2) durch Feindschaft; 3) durch ein Amt, jedoch nicht schlechterdings; 4) durch Reisen; 5) durch Krankheit *h*); 6) wenn die Partheyen sich entweder an den ordentlichen Richter, oder an einen andern Schiedsrichter wenden *i*); 7) wenn das Compromiß ohne Wirkung ist *k*); 8) wenn ihn eine sonstige rechtmäsige Ursache abhält *l*); 9) wenn er schwöret, daß er die Sache noch nicht recht einsehe *m*). Man sieht hieraus, daß die Annahme des schiedsrichterlichen Amts von einem blosen Auftrage, wovon man sich durch eine zeitige Entsagung losmachen kann, sehr unterschieden sey *n*).

*a*) Rubrik der Pandecten; de receptis, qui arbitrium receperunt, vt sententiam dicant. So sind auch die Worte des prätorischen Edicts im L. 3. §. 2. D. h. t. zu verstehen.

*b*) L. 32. §. 12. D. h. t. Wenn aber darüber eine weitläufige Rechtssache, die jedoch die Partheyen in der Hauptsache haben verhüten wollen, entstehen würde, so wird es alsdann vielleicht besser seyn, lieber einen andern Schiedsrichter zu erwählen.

c) L. 17. §. 2. D. h. t.

d) L. 25. D., L. 1. C. ibid.

e) L. 14. ibid.

f) L. 21. pr. ibid.

ff) L. 1. C. de sent. ex peric. recit. (VII. 47.).

g) L. 9. §. 4., L. 15. ibid.

h) L. 15. und 16. D. ibid.

i) L. 9. §. 5., L. 17. §. 1. ibid.

k) L. 11. §. 5. ibid.

l) L. 16. pr. ibid., L. 15. in fine ibid, wo es heisset: aut occupatio negotiorum propriorum.

m) L. 13. §. vlt. h. t., welches jedoch heutiges Tages nicht beobachtet wird, vielmehr muß er alsdenn ein Beyurtheil über den Beweis fällen.

n) c. 30. X. de elect. (I. 6.).

## §. 11.

### 4) Von der Art des Verfahrens.

Die im Compromiß vorgeschriebene Art des Verfahrens ist vor allen Dingen zu befolgen, sonst aber nach der gewöhnlichen Art der Proceß zu leiten. Es können ausergerichtliche Ausführungen von den Partheyen als die Acten angenommen werden, worüber ein Schiedsrichter sprechen soll. Dann sind sie mit einem Faden zu heften, dieser von beyden Partheyen zu besiegeln und die Acten zu unterschreiben. Billige Leute können über die Zweifel in Thatumständen nach eingezogener Erkundigung entweder leicht einig werden, oder es werden Urkunden und ausergerichtliche Zeugenverhöre beygeleget. Man macht auch wohl eine von

bey-

beyden Theilen genehmigte unterschriebene Geschichtserzählung, entwirft Rechtsfragen, und stellet selbige nuzbar zur schiedesrichterlichen Entscheidung ein oder etlicher genannter Schiedesrichter oder auch einiger Facultäten aus, welches auch billig geschiehet, wenn die Partheyen über die Thatumstände einig und nur über Rechtsfragen uneinig sind. Bey generalen Klagen ist zu bestimmen, ob nachher noch neue Puncte, und binnen welcher Zeit z. E. nur binnen 5 Jahren, gehöret werden sollen.

## Formular eines auf bereits verhandelte Acten gerichteten Compromisses.

Wir Endesbemeldete vor uns und unsere Erben urkunden und bekennen:

Demnach wir wegen Auseinandersetzung der N = schen Erbschaft in mehrere Streitigkeiten verwickelt worden, darüber aber in Correspondenz getreten, worinn die beyderseitigen Gründe sowohl, als alle in Händen habende Beweise beygebracht, und wir dann entschlossen sind, die Sache auf dem möglichst kürzesten Wege durch Schiedesrichter entscheiden zu lassen; so haben wir die Correspondenz und deren Beylagen gemeinschaftlich durchgesehen, in beyliegendes aus 208 Seiten bestehendes Convolut gesammlet, geheftet, und auf das Ende der Faden unsere Siegel gedrückt, welche Acten wir Statt einer bis zum Schlusse gediehenen Verhandlung ansehen, und darüber einen Endausspruch fällen lassen wollen, immaßen wir dann wechselseitig alle Urkunden anerkannt, und die

ausergerichtlichen unbeeydigten Zeugenaussagen als beweisfähig anerkennen. Wir ernennen nun die Herrn X. und Y. zu Schiedsrichtern, und wenn selbige sich nicht vereinbahren können, eine Juristen-Facultät, welche dieselben zu wählen, aber geheim zu halten haben, zum Obmann. Nachdem nun diese die übertragene schiedesrichterliche Entscheidung mittelst ihrer Unterschrift übernommen, und selbige binnen drey Monathen den Ausspruch zu thun zugesaget, so verbinden wir uns, unter Verpfändung unseres Vermögens, es bey dem Ausspruche, ohne alle Rechtsmittel, sie haben Nahmen, wie sie wollen, wie bey einem rechtskräftigen Urtheile zu belassen, und selbigen zu erfüllen, widrigenfalls auf Vorzeigung des schiedesrichterlichen Ausspruches sofort beym ordentlichen Richter auf Execution und Erlegung einer Geldstrafe von ꝛc. Rthlr. in Golde, so er dem andern Theile zu entrichten hat, zu dringen. Zur Belohnung der Arbeit wird jedem Herrn Schiedesrichter die zur Hälfte von jedem zu tragende Summe von ꝛc. Rthlr. festgesezet. Urkundlich ꝛc.

## §. 12.

### 5) Von der Wirkung des Ausspruches.

Die Wirkung des schiedesrichterlichen Ausspruchs wird bestritten *a*); die richtigere Meynung aber ist: daß heutiges Tages eine ausergerichtliche Berufung zu Verbesserung der offenbahren Unbilligkeit des schiedsrichterlichen Ausspruches gestattet werde, nicht aber, eigentlich zu reden, eine reductio ad arbitrium boni viri (§. 6. a)), oder das remedium vtile aus dem L. 2. C. de resc. emt.

vendit

vendit. *b*). Durch einen deutlichen Vertrag können aber die Partheyen allen Zweifel heben (§. 9. n. 7). Wenn der Ausspruch aus einem offenbahren Irrthum gefället ist, so lassen einige Rechtslehrer die Anfechtung des Ausspruches zu *e*). Wird der schiedsrichterliche Ausspruch nicht befolgt, so wird die Strafe fällig, und wenn dergleichen dem Compromiß nicht angehängt ist, so wird aus der Unterschrift oder einem zehntägigen Stillschweigen in factum auf Befolgung des Ausspruchs geklaget *d*). Zu Unterbrechung der Verjährung dienet die schiedsrichterliche Untersuchung eben so gut, als eine gerichtliche Verhandlung *e*).

*a*) Nach dem Rechte der Pandecten ist es ausgemacht, daß es bey dem Ausspuche des Schiedsrichters, der Regul nach, bleiben müsse, es mag solcher billig seyn, oder nicht, L. 27. §. 2. D. h. t., L. 76. 77. D. ;pro socio; ausgenommen, wenn der Gegentheil betrüglich gehandelt hat, oder sonst die Klage oder Ausflucht des Betrugs statt haben würde, L. 31. und 32. § 14. h. t., L. 3. C. ibid. (II. 56.). Nach dem antejustinianeischen Rechte wurde die Berufung deswegen verworfen: a) weil keine actio iudicati zustund, d. h. weil das, was dem richterlichen Ausspruche eigen war, einer solchen Privatentscheidung nicht beygelegt werden konnte, b) weil deswegen eine Strafe hinzugefügt wurde, L. 1. C. ibid. Aber es ist wohl zu bemerken, daß bis dahin allezeit solche Compromisse, die mittelst einer Stipulation eingegangen sind, vorausgesezt werden, wobey man allezeit den Worten, nicht der Billigkeit, nachgehen muste. Wie nun, wenn das Compromiß durch einen blosen Vertrag, wie heutiges Tages, eingegangen wurde? Justinian unterscheidet diese Fälle sehr wohl im L. 4. und 5. C. h. t. Denn die Compromisse des strengen Rechts und

die

die durch einen Eyd bestätiget sind, führen eine unbedingte Nothwendigkeit bey sich, es bey dem Ausspruche zu lasse. Beruhet aber das Compromiß auf einen blosen Vertrag, und ist keine Strafe hinzugefügt, so verbindet der Ausspruch nicht, wenn nicht *a*) die Partheyen denselben durch ihre Unterschrift ausdrücklich genehmiget [quod non displiceat ambabus partibus sententia, vel se arbitri formam amplecti], oder *b*) ihn durch ein zehntägiges Stillschweigen bekräftiget haben; in welchen Fällen der Kayser die Klage in factum zur Vollstreckung des Ausspruchs verwilliget. Wenn daher der Kläger oder Beklagte auser diesen Fällen sich dem Spruche nicht unterziehen wollte, so muste er einen Widerspruch einlegen [attestationem iudici vel aduersario mittere, per quam manifestum sit, definitionem non esse amplectendam]. Mit der Protestation ist die ausergerichtliche Berufung, die ihren Grund im canonischen Rechte hat, von gleicher Kraft. Es giebt zwar einige, die das, was von den Compromissen, die durch eine Stipulation eingegangen sind, gilt, auch den heutigen durch einen Vertrag eingegangenen Compromissen, wegen der völligen Kraft der Verträge, beylegen; allein dies geschieht ohne Grund. Zwar wirken heutiges Tages Verträge auch eine Klage, aber nicht eine Klage des strengen Rechts; und das strenge Recht, welches die Feyerlichkeit der Worte erheischet, wird heutiges Tages unrichtig auf Verträge des guten Glaubens angewandt. Das canonische Recht läßt eine Verbesserung des unbilligen Spruchs zu im c. 2. 5. 6. 11. und 12. X. de arbitr., c. 7. X. de confirmat. vtili (II. 30). Wenn im L. 9. D. qui satisd. cog. (II. 8). die Appellation von dem Ausspruche des Schiedsrichters, welcher über die Tüchtigkeit der Caution urtheilen sollte, gestattet ist, so ist dies kein erwählter Schiedsrichter, sondern ein arbiter in causa arbitraria, welcher dem pedanischen Richter gleich war.

*b*) Dieses ist jedoch zugelassen im Reichsabschiede von 1594. §. 66. So wollen und ordnen wir ꝛc. ꝛc.

*c*) Ley-

e) LEYSER. spec. 65. med. 3. mit dem GAIL I. obs. 150. Er berufet sich auf L. 1. §. 1. D. quae sent. sine appell. (XLIX. 8.); allein dieses Gesez redet von einem Rechnungsirrthum, welcher nie rechtskräftig wird. Wäre also der Irrthum so offenbahr; so hätte es freylich kein Bedenken, Erklährung des schiedsrichterlichen Ausspruchs zu suchen. Sonst stehet der Vertrag im Wege.

f) L. 4. §. fin., L. 5. C. h. t. Die actio iudicati wird zwar versagt, aber ich halte dafür, daß zu Tage nach R. A. von 1521 §. 27. die actio iudicati vtilis zustehe; alsdann vtilis in rem wenn eine Sache zuerkannt ist, BRVNNEM. ad L. 4. C. h. t. welche sodann auch beym Richter der belegenen Sache angebracht werden kann.

g) L. 5. §. 1. ibid. Ein geistliches Mittel, den schiedsrichterlichen Ausspruch aufzuheben, kömmt beym Schminken in seiner unter Böhmerschen Vorsiz gehaltenen Dissertation de superarbitris §. 10. und im Anhange n. 2. und 3., vor. Der Erzbischof von Maynz hatte mit Landgraf Otto 1324 einen Streit. Derselbe wurde durch erwählte Schiedsrichter zum Besten des letzten entschieden. Allein jener veranlassete, daß Statt dessen ein anderer Ausspruch aufgesezet wurde, und als selbigen zu untersiegeln der eine Schiedsrichter sich weigerte, so wurde er in den Bann gethan, und da untersiegelte er.

## §. 13.

5) Von der Art, sowohl das Compromiß als die Uebernehmung desselben [receptum], aufzuheben.

Wir haben nun noch einen Blick auf die Aufhebung beyder Verträge zu werfen. Sie hören auf: I) durch wechselseitige Einwilligung der Partheyen a), oder durch eine Acceptilation. Lezteres, wenn das Compromiß durch Stipulation eingegangen

gangen war *b*); II) durch den Tod des Schiedsrichters und eines von den Compromittenten, wenn im lezten Falle der Erben keine Erwähnung geschehen ist *c*); III) wenn einer von den streitenden Theilen Concurs macht, weil er alsdann weder klagen noch belangt werden kann *d*); IV) wenn eine offenbahre Schändlichkeit [sordes I. turpitudo] obwaltet *e*); V) wenn die vorgeschriebene Frist ohne weitere Hinaussezung abgelaufen ist *f*); VI) durch eine einmahl fällig gewordene Strafe *g*); VII) durch den schiedsrichterlichen Ausspruch *h*); VIII) durch den Untergang der Sache *i*); IX) wenn das Compromiß nichtiger Weise eingegangen ist.

*a*) L. 9. §. 5., L. 10., L. 11. pr. D. h. t.

*b*) L. 13. pr., L. 32. §. 3. ibid.

*c*) L. 27. §. 1., L. 32. §. 19., L. 49. §. 2. ibid. c. vlt. X. de arbitr. Wenn mehrere in Verbindung mit einander zu Schiedsrichtern gesezt sind, so erlöscht auch durch den Tod des einen, wenn nichts anders ausgemacht ist, das Compromiß. c. 42. X. de offic. et potest. iud. (I. 29.).

*d*) L. 17. pr. D. h. t.

*e*) L. 9. §. 3. D. ibid.

*f*) L. 21. §. 8., L. 32. §. 3. in fin. D. ibid.

*g*) L. 32. §. 1., L. 34. §. 1. h. t.

*h*) L. 19. §. fin. ibid.

*i*) L. 32. §. 5. ibid.

## Formular:

Kund und zu wissen sey hiermit jedermänniglich, absonderlich denjenigen, so daran gelegen:

Nach-

Nachdemmahlen zwischen uns in Ansehung der bishero in Gemeinschaft gehabten Handlung ein weitläuftiger Streit entstanden, und wir uns, darüber nicht vereinigen können, vielmehr es auf rechtliche Entscheidung ankommen lassen müssen; hierzu aber die schiedsrichterliche Beylegung der kürzeste und mit den wenigsten Kosten verknüpfte Weg zu seyn erachtet; als sezen wir für uns und unsere Erben hiemit fest:

1) Daß der hiesige Herr Bürgermeister N., die Herren Doctoren N., und N., alle die aus dieser Societät herrührende streitige Sachen, wie hernach folget, gemeinschaftlich, jedoch dergestalt untersuchen, und zusammen auf einmahl entscheiden sollen, daß, wenn einer behindert wäre, oder sich sonst der Sache befugter Weise nicht unterziehen wollte, sodann die andern beyden in der Sache fortfahren sollen. In sofern nun auf die Art gleiche Stimmen heraus kämen, soll der Licentiat N. als Obmann zugezogen werden, wodurch denn entweder die Mehrheit der Stimmen beschaffet, oder doch eine dritte Meynung angenommen wird, womit hernach andere vermuthlich übereinstimmen werden. Sollte aber ein jeder auf seiner verschiedenen Meynung bestehen, so sollen die Acten nebst den Stimmen an eine Juristenfacultät verschickt, und es bey derjenigen Meynung gelassen werden, welcher selbige beytritt.

2) Sollen und wollen diese ernannten Herren Schiedsrichter die Untersuchung an keinem andern Orte, als allhier vornehmen, und binnen einem Jahr den Spruch thun, auch sich der Untersuchung und Entscheidung in keinen andern, als durch aus-

drückliche Gesetze nahmentlich zugelassenen Fällen, entziehen, wiedrigenfalls aber den erweislichen Schaden ersezen, und überdem der oder diejenige ein jeder 50 Rthl. zur Strafe (an das hiesige Armenhaus) erlegen.

3) Mit der Untersuchung soll es nun auf diese Weise gehalten werden: daß ich N. als Kläger in den nächsten Tagen die Klage überreiche, worauf bey 50. Rthl. Strafe zu milden Stiftungen von 14 Tagen zu 14. Tagen, ohne fernere Weisung, bis zur Duplic (wofern nicht schon bey der exceptivischen Nothdurft der Zustand des Rechtsstreits hinlänglich bestimmet befunden würde, als welchen Falls die Sache auf reifliches Ermessen der Herren Schiedsrichter ohne weitere Handlung für beschlossen anzunehmen), wechselsweise, mit Ausschliesung aller verzögerlichen Schuzreden (gestalten die Herren Schiedsrichter dasjenige, so zur Vorbereitung und zum Wesen des Processes gehöret, für sich zu verfügen berechtiget seyn sollen) gehandelt werden, und ein jeder von dem, was er in seiner Klage und Replic wie auch Exception und Duplic anführet, sofort bey jedesmahliger Einreichung den Beweis, bey Verlust desselben, woferne einer solchen Beweis nicht erst nachher erhielte, und solches dargethan würde, sogleich durch Articul antreten, einer dem andern die erweislich in Händen habende Documente, sie mögen Nahmen haben, wie sie wollen, herausgeben soll, und zwar bey unverlängter Strafe, daß selbige widrigenfalls vor ausgeliefert und anerkannt gehalten werden sollten, [poena editi et recogniti], oder, wofern

der

der Inhalt des Documents noch nicht bekannt, unter der Strafe, daß dasjenige, so durch diese Urkunde erwiesen werden soll, vor eingestanden und richtig angenommen werde. [Sub poena confessi et conuicti]. Auf bessern Beweis soll hingegen so wenig, als blos interlocutorisch auf Beweis und Gegenbeweis in allgemeinen Ausdrücken erkannt, sondern daferne auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen nöthig, der Beweissaz nebst einem peremtorischen Beweistermin vorgeschrieben, und durch ein summarisches Verfahren weiter fortgesezet, und wenn dieser Beweis geendiget, ohne Disputirsäze, hierauf binnen obgenannter Frist das Endurtheil entweder schlechtweg, oder unter Bedingung eines nothwendigen Eydes gefället, selbiges gehörig publiciret, und es hierbey ohne alle Rechtsmittel gelassen werden, auser in den Fällen, worinn die Gesezе solches nahmentlich uud ausdrücklich erlauben. Woneben jedoch die Herren Schiedesrichter bey jeder einkommenden Handlung dahin sehen werden, ob darinn alles und jedes, was das Wesen des Processes betrift, gehörig in Acht genommen worden, widrigenfalls die Schrift sofort mit umständlicher Weisung zurück gegeben, und ehender im Proceß weiter nicht fortgefahren werden soll, bis die Handlung rechtmäsig eingerichtet, welche sodann bey obiger Strafe und binnen obiger Zeit, der Weisung gemäs, eingerichtet werden soll.

4) Zur Gelebung dieses Ausspruchs soll ein jeder unter einer abgeredeten Strafe von 500 Rthlr., schreiben fünfhundert Reichsthaler in alten Louisd'or, zu 5 Rthlr. gerechnet, verbunden,

und dem andern Theile anheim gestellet seyn, ob er diese Summe zu seinem Vortheile einfordern, oder gehörigen Orts um sträckliche Execution nachsuchen will, gestalten lezteren Falls wir uns wechselsweise aller uns zustehenden Ausflüchte begeben, und wollen vielmehr, daß wieder den Wiederspenstigen auf Uebergebung dieses Compromisses und der Compromiß-Acten nebst dem Ausspruch sofort ohne weitern Proceß mit gerichtlicher Execution verfahren werden solle.

5) Zur Sicherheit aller dieser Verabredungen sezen wir unser sämmtliches, gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen überhaupt, insbesondere aber ich N. mein Wohn- und Brauhaus ꝛc., und ich N. den grosen Garten ꝛc., zum Unterpfande ein, und wollen zur Bewürkung der öffentlichen Hypothek hierüber obrigkeitliche Bestätigung gebührend nachsuchen.

6) Daneben machen wir, die erwählten Schiedsrichter, uns anheischig, uns auf vorbemeldete Weise der Sache zu unterziehen, dieses Compromiß in allem auf das sorgfältigste zu befolgen, wiedrigenfalls aber ein jeder eine Strafe von 20 Rthlr. in alten Louisd'or, zu 5 Rthlr. gerechnet, zu erlegen; geloben und versprechen auch, bey Entscheidung der Sache allen Fleis nach unserm besten Wissen und Gewissen anzuwenden.

Wogegen 7) wir Compromittenten einem jeden der Herren Schiedsrichter, so der Sache gebührend obgelegen haben wird, nach gefälltem Spruche 100 Rthlr., gleichfalls in Louisdor nach

obi-

obigem Werth, zu bezahlen, auch uns mit demjenigen, so wieder sein Verschulden an dem Gutachten behindert wird, zu dessen Zufriedenheit abzufinden versprechen; dahingegen derjenige, so sich ohne Grund dem Gutachten entziehet, auch gar keine Vergütung zu hoffen, sondern vielmehr die §. 6. abgeredete Strafe zu erlegen hat. Nachdem nun alles dieses wissentlich nnd wohlbedächtlich also von uns abgeredet, so haben wir, die Compromittenten sowohl, als die Schiedsrichter, dieses Instrument eigenhändig unterschrieben und besiegelt. So geschehen ꝛc.

# Zweyter Abschnitt

von

## der Gerichtsbarkeit, Verfassung der Gerichte, den dazu gehörigen Personen; von Commissionen und den streitenden Haupt- und Neben-Personen.

## Drittes Hauptstück

von

## der Gerichtsbarkeit, vornehmlich in ihrer heutigen Gestalt.

### §. 14.

### Verbindung.

Kann nun weder durch erlaubte Selbsthülfe noch durch schiedsrichterlichen Ausspruch eine Sache beygeleget werden, so ist kein anderes Mittel übrig als richterliche Hülfe zu suchen. Zuerst also von der Gerichtsbarkeit.

### §. 15.

### Begriff der Gerichtsbarkeit.

Der Zweck jeder bürgerlichen Gesellschaft geht dahin, daß niemand beleidiget, und jedem gegen

gegen seine Widersacher zu seinem Rechte verholfen, aller eigenen Gewalt aber vorgebeuget werde. Dies kann nur durch Gesetze und deren Handhabung geschehen. Die gesetzgebende Gewalt hängt von der Staatsverfassung; die gerichtliche aber von dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Beherrschers ab *a*). Der blose Besiz, woferne er nicht in unvordenkliche Zeiten gehet, ist nicht hinreichend, woferne es nicht ein solcher Besiz ist, welcher sich auf einen Titul gründet *a*[1]). Da die Quelle der Gerichtsbarkeit in der obersten Gewalt liegt, so muß der, welcher sich eigenmächtiger Weise der Gerichtsbarkeit *b*), oder auch nur einer Handlung, oder einer Gattung der Gerichtsbarkeit, die ihm offenbahr nicht zustehet, z. E. die peinl. ꝛc. oder bey einer auf gewisse Summen oder Sachen eingeschränkten, einer ausgebreiteteren anmaßet, oder auf unbefugte Art eine Person oder Güter verkümmert *c*), oder ein öffentliches Gerichtssiegel annimmt, aus dem Lege Iulia Maiestatis haften, heutiges Tages aber gewärtigen, daß er durch eine fiscalische Klage auf eine auserordentliche Strafe belanget werde. Daß sich auch niemand, ohne in ein Verbrechen der Verfälschung zu fallen, vor einen Gerichtsbeamten ausgeben dürfe, welches er nicht ist, fällt in die Sinne *d*). Eine Verletzung der Territorialrechte ist es, wenn ein Richter in fremden Landen, oder ein Patrimonialrichter in einem herrschaftlichen Gebiethe, ohne vorhergehende Requisition, gerichtliche Handlungen oder auch nur Handlungen, die obrigkeitliche Gewalt bezeichnen, z. E. Verkümmerungen, Testamentsaufnahmen, Confirmationen, Insinuationen, Durchfüh-

führung der gefangenen Missethäter, Aufhebung todtgefundener Cörper und deren Zergliederung, zu unternehmen sich erkühnet. Dergleichen Einariffe in die fremde Gerichtsbarkeit kann jeder Richter, auf frischer That, durch leidliche Einsperrung der Gerichtsdiener, Escorte mit Arrestanten, und zwar auf so lange, bis Reversalien, daß dieser Eingriff nie zum Nachtheil angeführet werden soll, ausgestellt, und die Kosten erstattet sind, ahnden *dd*). Damit nun die Beamten dies erfahren, müssen die Gerichtsunterbediente hierauf zu vigiliren, und den Gerichtsdiener, Bedeckung nebst dem Arrestanten an das Amt zu liefern, beordert, auch den Unterthanen bey Strafe verboten werden, sich auf keine Vorladung eines andern Richters ohne Anzeige zu stellen, und dann wird gleich ein Schreiben an den eingreifenden Richter, um Reversalien und Kostenerstattung, erlassen; wenn aber die Verlezung der Landeshoheit beträchtlicher ist, und von Folgen seyn könnte, so muß der Beamte unverzüglichen Bericht abstatten. Die Spolien- oder Negatorienklage wird vom Fiscal bey herrschaftlicher Gerichtsbarkeit, und vom Gerichtsherrn bey der patrimonial-Jurisdiction, angestellt, wenn man erst nach geschehenem Einariff davon benachrichtiget wird, und nicht in Güte der Eingriff durch Reversalien wieder gut gemachet worden. Begehen Richter desselben Landesherrn dergleichen Eingriffe in anderen Aemtern, so rathe ich Statt jener Mittel nur die beschwehrende Anzeige bey den Oberen. Bey Requisitionen muß man ebenfalls sorgfältig seyn, damit man nicht selbst Eingriffe in seine Gerichtsbarkeit bewillige, und wenn der

Fall

Fall so beschaffen ist, die Requisition nicht allein abschlagen, sondern auch dawider protestiren. Dies von dem allgemeinen Grunde der Gerichtsbarkeit vorausgeschickt, nenne ich dieselbe: eine öffentlich verliehene Gewalt, streitige Sachen zu untersuchen, zu entscheiden und den Spruch zu vollstrecken, oder auch eine nicht streitige Handlung unter den einwilligenden Theilen durch öffentlichen Glauben zu befestigen, oder nach erforderlicher Untersuchung durch einen Bescheid zu genehmigen *e*). Die Römer nennen sie ein der Obrigkeit zustehendes Recht, streitige Sachen zu untersuchen und zu entscheiden, [notionem iure magistratus competentem]; daher enthält die römische Gerichtsbarkeit weder peinliche Sachen, die das merum imperium ausmachen, noch auch Sachen der freywilligen Gerichtsbarkeit *f*). Soweit das römische Recht in der Materie von der Gerichtsbarkeit auf die Verschiedenheit der römischen Magistratspersonen, auf das merum und mixtum imperium, und auf die Form der Gerichtshöfe, welches alles von der heutigen Gestalt der Gerichtsbarkeit abweichet, Rücksicht nimmt, hat es wenig Nuzen *ff*). Indessen hat die Gerichtsbarkeit in Deutschland erst nach eingeführtem römischen Recht und Anordnung des Cammergerichts ihre Consistenz bekommen; denn bis dahin hatte man gar keine auf das Wesen der Gerichtsbarkeit gegründete Begriffe. Das allgemeine Staatsrecht und die öffentliche Verfassung jeder Provinz, oder auch die Privilegien und von Alters hergebrachte Gewohnheiten machen beynahe die einzigen Quellen in dieser Lehre aus, daher

her es schwehr ist, etwas allgemeines von der Gerichtsbarkeit zu bestimmen, sondern diese muß in jedem Lande, wo man angesezt ist, sorgfältig studiret werden. Es ist eine unvollkommene Gerichtsbarkeit, wenn bloß die Untersuchung, nicht aber auch die Entscheidung und Vollstreckung zustehet, oder wenn heut zu Tage Sachen der freywilligen Gerichtsbarkeit mit derselben nicht verbunden sind. Uebrigens hat der Richter, welcher die Vollstreckung nicht selbst vornimmt, sondern solche einem andern nach dem Gesezе oder einer vorgeschriebenen Form aufträgt, doch immer noch eine mit der Vollstreckung des Urtheils vergesellschafte Gerichtsbarkeit, weil dasjenige, so durch Auftrag von einem anderen Richter vorgenommen wird, doch immer so anzusehen ist, als ob es der Richter selbst unternommen hätte. Eine eingeschränkte Gerichtsbarkeit hat der, welchem solche nur in Ansehung einer gewissen Summe, oder einer Art von Strafe, oder blos in Rücksicht gewisser Sachen zustehet. Dergleichen eingeschränkte Gerichtsbarkeit haben verschiedene kleine Landstädte. Die Summe wird nach jeder besonderen Klage, nicht aus mehreren zusammen genommen, beurtheilet, wenn gleich die nehmliche Summe aus eben dem Grunde von mehreren Klägern gefordert wird: daher ist die Gerichtsbarkeit gegründet, wenn gleich die Summe aller Forderungen die vorgeschriebene Summe übersteigt. Dieses bleibt sie auch wegen des Zusammenhanges der Sache, wenn der Kläger die vorgeschriebene Summe eingeklaget hat, und der Beklagte in der Nachklage eine grössere Summe fordert. Endlich ist noch zu erinnern,

nern, daß nur die Summe in Betracht komme, welche vom Kläger gefordert wird, nicht aber die, welche der Beklagte schuldig ist *g*). Es ist keine Gerichtsbarkeit, welche die Gemeinheiten oder Handwerkszünfte, ohne gerichtliche Form, ausüben, eben so wenig kann der bloße Dienstzwang als Gerichtsbarkeit angesehen werden.

*a*) Schwäb. Landrecht c. 69. L. 3. D. de off. Praet. (I. 14.), L. 3. C. de iurisd. (III. 13.), L. 81. D. de iud., BOEHMER introd. in ius publicum vniu. Part. spec. L. II. c. 7. §. 16. sq. ZIEGLER de iuribus maiestatis L. 1. c. 29. §. 11. KNICHEN de iure territ. c. 1. n. 1302. sq. OBRECHT de iurisd. Lib. III. c. 1. n. 3. 10. Die römische Kaiser haben die Partheyen oft selbst verhöret: L 97. de Leg. III. Gothofred behauptet, daß dieses und alle Gesetze, welche aus des Pauls Libris decretorum genommen, solche Aussprüche seyen. In den älteren Zeiten haben auch die teutschen Landesherrn öfter die Untersuchung streitiger Sachen selbst übernommen. Die ehemahligen lits de iustice in Frankreich und in Dännemark sind blosses Staats-Gepränge. Sonst kommt heut zu Tage dergleichen landesherrliche Untersuchung und Entscheidung nicht mehr vor, weil die Gerichte und Instanzen besser eingerichtet sind, und nach der heutigen Verfassung der Höfe es dazu an Zeit fehlen würde.

*a*[1]) STRYCK V. M. tit. de iurisd. §. 27.

*b*) L. 3. in. fine D. ad Leg. Iul. Maiest. (XLVIII. 4.). Die hiesige Amtsordnung von 1674. Art. 8. machet es den Beamten zur Pflicht, darauf zu achten, daß niemand, welcher dazu nicht berechtiget, sich einiger Gerichtsbarkeit anmase. Sollte aber jemand selbige prätendiren oder im Besize seyn, sollen die Beamten die Beschaffenheit genau erkundigen, aufzeichnen, und davon ungesäumt berichten.

*c*) L.

c) L. vn. C. de priu. carc. (IX. 5.). Dies ist mit Lebensstrafe belegt im L. 1. C. de cohortal. principip. (XII. 58.).

d) arg. L. 27. §. 1. 2. D. ad L. Cornel. de fals. (XLVIII. 10.).

dd) Ertel praxis aurea de iurisd. inf. civ. & bassa Lib. II. c. 26. KNICHEN de I. territ. c. 4. n. 32. seq.

e) Die freywillige Gerichtsbarkeit ist heut zu Tage ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit Iurisprud. extraiud. §. 13. Von solchen Gerichten, welche nur eine auf gewisse Sachen eingeschränkte Gerichtsbarkeit haben, z. E. Commerz- Manufactursachen und dergleichen, können nicht immer Sachen der freywilligen Gerichtsbarkeit vorgenommen werden, sondern es kommt auf die Bestallungen und auf das Herkommen an.

f) S. NOODT de iurisdict. et imp., SCHVLTING Iurisprud. Anteiustin. p. 447. n. 3 - 6., HEINECCII synt. antiquit. Rom. L. 4. tit. 18. §. 15., DIONYS. HALICARNASS. antiqu. Rom. L. 10. c. 1. & 3., CICERO de legibus Lib. III. c. vlt. L. 2. §. 16. 23. de O. I., L. 1. pr. D. de off. eius, cui mand. (I. 20.).

ff) PVFENDORF de iurisdict. Germ. P. 1. c. 2. §. 3.

g) L. 11. pr. §. 1. 2., L. 19. §. 1. D. de Iurisdict.

## §. 16.

### Von Handhabung der Gerichtsbarkeit.

Obgleich niemand in seiner eigenen Sache Richter seyn darf, so vertheydigt doch ein Richter mit Recht seine Gerichtsbarkeit, weil er nicht über das, was die Person des Richters, sondern was sein Amt betrift, urtheilet. Daraus fließt: 1) daß er über die Einrede des unbefugten, nicht aber

über

über die Einrede des unfähigen und verdächtigen Richters urtheilen kann *a*). 2) Uebt er die Gerichtsbarkeit über die aus, welche vor ihm streiten, es mögen Partheyen, Fürsprecher oder Anwälde seyn, ohne auf ihren sonstigen Gerichtsstand zu sehen, wenn sie etwas der richterlichen Würde, oder der Proceßordnung zuwider begangen haben, oder in Ansehung des Amts des Fürsprechers oder Anwaldes und deren Forderungen eine Frage erwächset *b*). 3) Wenn jemand sich an Sachen, die der Gerichtsbarkeit wegen aufgestellt sind, z. E. an Galgen, öffentlichen Anschlägen, Gefängnissen, angelegten Gerichtssiegeln u. s. w. aus Bosheit *c*), oder aus Muthwillen vergreift, sie wegnimmt, oder solches durch andere thun lässet, gegen den, oder die *d*), wird eine auserordentliche Strafe, nach der Größe der Begünstigung, oder der Bosheit, mit Beyseitsezung der nie recipirten Volks-Klage de albo corrupto *e*), erkannt. In diesem Falle begründet der Gerichtsstand des begangenen Verbrechens die Gerichtsbarkeit, wenn nicht ein persönliches Privilegium Plaz greifet. Doch wird gegen denjenigen mehr Nachsicht gebrauchet, welcher aus Unwissenheit oder Einfalt dergleichen Dinge beschädiget hat *f*).

*a*) L. vn. pr. D. si quis ius dicenti non obtemper. (II. 3.), L. 2. §. 6., L. 5. D. de iud. (V. 1.).

*b*) L. 9. D. de iurisd. daselbst: quia hic. contemta Maiestas praetoris vindicatur. L. 14. C. de test. (IV. 20.).

*c*) L. 7. §. 4. D. ibid.

*d*) dict. L. 7. in fine, L. 8. L. 9. D. ibid.

*e*) dict.

*e*) dict. L. 7. pr.

*f*) d. L. 7. §. 4., L. 2. §. 1. si quis in ius voc. non iuerit (II. 5.).

## §. 17.

### Vom Gerichtssprengel [territorium].

Der Gerichtssprengel [territorium] *a*) bedeutet in dieser Materie den Bezirk, welcher der Gerichtsbarkeit des Richters unterworfen, und nach seiner Art verschieden ist. Auf diese Weise erstrecket sich die Gerichtsbarkeit der beyden höchsten Reichsgerichte in der zweyten Instanz über das ganze teutsche Reich, nur mit Ausnahme der Churländer und derjenigen, welche ein priuilegium de non appellando haben. Jedoch können die Reichsgerichte und deren Commissarien in allen diesen Ländern unmittelbahre Insinuationen vorehmen *a*[1]). Nachdem das Cammergericht eingeführet war, suchten die Reichsstände demselben nachzuahmen, und führten in ihren Ländern Gerichte ein, welche Regierungen, Canzleyen, Hofgerichte, genannt werden *b*), wovon leztere Aehnlichkeit mit dem Cammergericht, erstere mit dem Reichshofrath haben. Die Canzeleyen besezet und besoldet der Landesherr, sie machen häufig die Lehns-Curie aus; haben in criminal-Sachen und über die Vergehung landesherrlicher Bedienten zu urtheilen, werden jedoch nicht durch den Todt des Landesherrn, wie der Reichshofrath, in Stillstand gebracht. Die Hofgerichte werden von den Landständen bezahlt, und die Beysizer von selbigen gewählet, nur ernennet, der Landesherr einige Beysizer und besoldet sie;

eben

eben so beym Tribunal zu Zelle *c*). Sie sind ebenfalls in der zweyten Instanz dem ganzen Fürstenthum vorgesezt, und so wie mehrere Fürstenthümer mit einander vereiniget sind, so haben solche zuweilen ihr eigenes, zuweilen aber auch mehrere ein gemeinschaftliches Obergericht, z. E. ein Gesammthofgericht. Die Untergerichte haben ihr Territorium in einem Amte, in einer Stadt und deren Feldmark, oder innerhalb dem Gutsbezirke eines Adelichen *d*). Kaum verdient es ein Territorium genannt zu werden, wenn jemanden an einem mit Mauern oder Zäunen umgebenen Orte die Gerichtsbarkeit zukömmt, welche Zaun- oder Pfahlgericht *e*) genannt wird. Die academischen militair- Manufactur- und andere Gerichte, welche nur über gewisse Gattungen von Personen geordnet sind, haben gemeiniglich kein Territorium.

*a*) L. 239. §. 8. de V. S. KNICHEN de iure territorii.

*a*[1]) Cramer wezl. Nebenst. Th. V. n. 1.

*b*) Kopp ausführliche Nachricht von der älteren u. neueren Gerichtsverfassung der geistlichen und civil-Gerichte in den fürstlich-hessischen Landen. Der Herzogin Elisabeth Reformat. und Sazung der Ober- nnd Hofgerichte zu Münden ꝛc. Hann. 1544. bey Grupen discept. for. S. 603-624.

*c*) PVFEND. Introd. in proc. civ. P. 1. c. 3. §. 21. sq.

*d*) L. 41. §. 5. de Leg. 1., L. 3. §. 4. D. de sepulcro viol. (XLVII. 12.), L. vlt. §. 25. D. de mun. & hon (L. 4.), L. 3. C. de incol. (X. 39.). Struben Th. I. Bed. CXI. behauptet mit Recht, daß wem die Gerichtsbarkeit in einer Stadt oder Dorfe zustehe, dem komme auch der Regul nach die Gerichtsbarkeit über die Feldmark zu.

*e*) PVFEND. l. c. P. 1. c. 10. §. 19.

## §. 18.

### Vom Unterschied zwischen den Ober- und Unterrichtern.

Obergerichte werden die genannt, an welche die Berufungen gerichtet werden. Alle übrige heisen Untergerichte *a*). Diese Eintheilung bringet folgende Verschiedenheiten der Befugnisse mit sich: 1) jene bedienen sich des grössern Siegels des Landesherrn und häufig dessen Titulatur*) auch des rothen Wachses oder rother Oblaten; diese brauchen ein kleines Siegel und Wachs oder Oblaten von grüner Farbe (§. 53.). 2) Jene schicken Rescripte an die Untergerichte, dahingegen diese in Berichten an die Obergerichte ihre Anträge machen, oder auf die Rescripte antworten. Diese Berichte müssen die gewöhnliche Curialien enthalten, sonst wird solches ernstlich verwiesen *a*[1]), und wenn überhaupt von anderen nicht untergeordneten Gerichten dieser Fehler auf beträchtliche Weise begangen ist, so wird dawider anfänglich ein bescheidenes Protestationsschreiben erlassen, wenn diese aber nichts fruchten, gemeiniglich gedrohet, künftig dergleichen Schreiben unerbrochen zu lassen. Ich rathe, die Sache, wenn sie auf Rang und Dignität beruhet, dem Fürsten oder geheimen Raths-Collegien, in diesem oder fremden Lande, zur Abhelfung vorzustellen. Die Amtssachen müssen nie darüber nicht ins Stecken kommen. Keiner Stelle stehet die Befugnis zu, wegen irgend eines Zwistes ihr Amt zu versagen. 3) Jene haben das Recht, gemeine Bescheide über das, was der bessern Ordnung halber von Sachwaltern, Anwälden

wälden und den Partheyen geschehen soll, zu verfertigen und bekannt zu machen, welches Untergerichten nicht ohne Unterschied zustehet. Durch diese gemeine Bescheide darf aber die Proceßordnung selbst nicht umgeändert werden, indem sich sonst die Obergerichte eine gesezgebende Gewalt beylegen würden *b*). 4) Die Obergerichte stehen in grösern Ansehen *a*) und von ihnen geschieht die Berufung nur an das Oberappellationsgericht oder an die höchsten Reichsgerichte. Dabey haben sie 5) das Recht der Inspection über alle ihnen untergeordnete Unterrichter *c*). Sie erkennen 6) Commissionen auf die ihnen untergebenen Unterrichter, uud requiriren 7) nicht leicht einen Unterrichter eines fremden Landes, sondern wenden sich an einen Oberrichter von gleichem Range. 8) Der Unterrichter darf nichts in neue Untersuchungen ziehen, was bey dem Oberrichter entschieden ist *d*). 9) So oft der Unterrichter gänzlich oder auf beträchtliche Zeit nicht angegangen werden kann, oder derselbe die Justiz beträchtlich verzögert, kann der nächste Oberrichter die Sache annehmen (§. 96.).

*a*) Nur die Consistorien werden zu den Obergerichten gerechnet, und doch kommen keine Berufungen an dieselben vor, auser daß in einigen Landen Ober- und Unterconsistorien sind.

*a*[1]) Als die Düsseldorfsche Regierung Berichte, welche Nahmens der Regierung nur vom Secretär unterschrieben waren, an das Cammergericht einsendete, so bedeutete dieses dem Churpfälzischen Anwald in einem besondern Decret: am gehörigen Orte die Anzeige zu machen, daß dergleichen Berichte und Schreiben, als dem Respect des Kayfers zuwider künftig nicht angenommen werden

sollten. v. Cramer wezl. Nebenst. Th. V. n. 1. p. 35. Hier hätte vielmehr Verweis erkannt, und auf weitere Entgegenhandlung Strafe angedrohet werden sollen.

*) In der Nov. 126. pr. und c. 1. wird den Appellationsgerichten bey Strafe des Hochverraths verbothen, ob sie gleich an der Stelle des Kayserrichten, die kayserliche Ehrenbezeugungen sich anzumasen.

**) STRYCK Diss. de cera rubra & sacro encausto.

*b*) Concept II. 38. Visitationsabschied von 1713. §. 14. 84. Auf die Art wurde nach dem Zeugnis Tafingers §. 291. der gemeine Bescheid vom 17. Jul. 1760., worin die Entsagung der Revision im Fall einer gesuchten Wiedereinsezung in vorigen Stand vorgeschrieben war, durch einen Visitationsschlus vom 6. May 1768. wieder aufgehoben. Ein Obergericht erlies einen gemeinen Bescheid, worinn die Insinuation der Appellations-Processe binnen 14 Tagen bey Erlöschung der Appellation auferleget wurde. Dies war ein neues übermäsig hartes Strafgesez, welches oft den Verlust der ganzen Sache nach sich ziehen konnte, und überschritt also die Gränzen der richterlichen Gewalt.

*) Nov. 15. praefat. quanto enim quilibet praeest melioribus, tanto maior ipse et honestior est.

*c*) de PUFENDORF T. I. obs. 152., Oberappellat. Gerichtsordnung Th. II. Tit. 1. §. 13. Reichsabschied von 1654. §. 109.

*d*) L. 75. D. de iud. (V. 1.), arg. L. 4. D. de recept. (IV. 8.).

## §. 19.

### In wie fern sich der Landesherr in Rechtssachen mischen könne.

Das bisherige war von der Gerichtsbarkeit im allgemeinen vorläufig zu bemerken. Wenn wir

wir nun gegen jemand klagen wollen, so müssen wir uns dahin wenden, wohin die Sache gehöret. Vor allen Dingen also ist auszumachen, ob und in welchen Fällen man sich in Rechtssachen unmittelbahr an den Landesherrn wenden könne. Die Ordnung des Rechtsstreits und rechtskräftige Urtheile darf der Fürst, wenn er anders nicht ungerecht handeln will, durch Rescripte nicht hemmen *a*), daher kann er keine entschiedene Sachen unter dem Vorwande einer neuen Instanz an den Hof ziehen, oder unentschiedene nach Belieben abrufen *b*), noch Commissionen darinn ertheilen, oder gar durch sogenannte Cabinets = Ordres Machtsprüche thun, (§. 56.). Es können auch aus eben der Ursache landesherrliche Rescripte, die gegen das Recht und das gemeine Beste ausgewürket sind, von jedem Richter mittelst Berichts in geziemenden Ausdrücken, wiederlegt werden *c*). Ja es ist in Ländern, wo diese Sache in Ordnung ist, sogar strafbar, sich in Justizsachen an den Landesherrn zu wenden (§. 103. *b*.). Es giebt aber, und sogar oft mit Gefahr verknüpfte *cc*) ausgenommene Fälle, wo dem Landesherrn ohne Nachtheil der Gerechtigkeit in streitigen Sachen Verordnungen zu machen zustehet, wenn nehmlich: 1) die öffentliche Wohlfarth will, daß das wohlerworbene Recht der Unterthanen ihr nachstehe *d*); jedoch wer desfalls das seinige aufopfern soll, muß vom Staat entschädiget werden. Z. E. Holzverwüstungen *d'*); 2) wenn man sich über das höchste Gericht im Lande wegen Verzögerung der Rechtspflege zu beschwehren genöthiget findet *e*); 3) wenn wegen des Gerichtsstandes solche

Hindernisse entstehen, welche entweder einzig, oder doch am leichtesten, durch eine landesherrliche Verfügung gehoben werden können; z. E. wenn der Prätor oder Consul belanget werden sollte die Erbschaft anzutreten und nach dem Fideicommiß abzuliefern; denn der Regul nach konnten sie während ihres Amtes nicht belanget werden *f*); 4) wenn über einen in den Gesezen nicht entschiedenen Fall eine neue Verordnung ohnumgänglich nöthig und die Sache nicht durch Analogie zu entscheiden; oder 5) ein Gesez landesherrlich zu erklähren ist *g*). Selbst in der Appellations-Instanz kann um authentische Erlährung gebethen werden *h*), nur muß diese nicht auf ein neues Gesez hinaus laufen *i*), sonst ist sie auf den gegenwärtigen Fall nicht zu ziehen; oder 6) um Milderung eines Gesezes gebethen wird *k*); 7) wenn der Landesherr um Vorschreiben an auswärtige Richter, welche das Recht verzögern oder versagen, angegangen werden muß (§. 194.); 8) wenn er er wegen ungleicher Behandlung seiner Unterthanen in einem fremden Lande, um Schuß und Wiedervergeltung anzugehen ist *l*) (§. 3. n. 1.). 9) Wenn der Landesherr um Aufhebung eines Fideicommisses, um Bewilligung eine öffentliche Stiftung bey veränderten Umständen zweckmäsiger anzuwendeu angegangen wird *m*). Eine reformirte Gemeinde hatte in einer gewissen Stadt keinen Gottesdienst, wohl aber einen Prediger, welcher aber an einem anderen Orte den Gottesdienst halten muste. Ein adeliches Frauenzimmer hatte ein Haus zum Predigerhause vermachet, jedoch es sollte durchaus nicht veräusert werden, sonst sollte es an ihre Verwandten zurückfallen.

fallen. In der Folge erhielten die Reformirten an dem Orte öffentlichen Gottesdienst und eine eigene Kirche. Von dieser war das Predigerhaus sehr weit entlegen, so daß an diesem grosen Orte der Prediger jedesmahl bey schlimmen Wetter zu Wagen abgeholet werden muste. Hier hatten sich die Umstände geändert, und konnte also der Landesherr angegangen werden, die Veräuserung des jezigen Predigerhauses mit der Bedingung zu gestatten, daß ein anderes besser gelegeneres von eben dem Werthe anzuschaffen, und selbiges vor immer zum Predigerhause zu bestimmen. 10) Eigentlich sollten Streitigkeiten zwischen zweyen herrschaftlichen Aemtern über die Gränzen ihrer Gerichtsbarkeit nie zur richterlichen Untersuchung gezogen, sondern dem Landesherrn zur Entscheidung vorgetragen werden. Man siehet es aber täglich anders. Was nun hier von der Angehung des Landesherrn in diesen ausgenommenen Fällen gesaget ist, das sollte billig auch auf Reichsstädte angewendet werden; allein dem reichsstädtischen Magistrat sind häufig durch Recesse mit der Bürgerschaft die Hände gebunden, und oft würde es die Klugheit erfordern, sich in die Fälle n. 1. 4. 5. 6. nicht zu mischen. Die Verfassung einer jeden Reichsstadt und das Verhältnis des Magistrats gegen die Bürgerschaft muß hierbey hauptsächlich zu Rath gezogen werden. Weil nun alles was von Justizsachen an den Landesherrn rechtmäsig gebracht wird, nicht als Proceßsache dahin gelanget, so ist nie der Gegner, wie in Proceß-Schriften, auf der Rubrik zu sezen, (§. 75. n. 9.)

auch nicht mit der salutarischen Clausul, sondern mit den gewöhnlichen Curialien zu schliesen.

a) L. 1. 2. und 3. C. vt lite pend. I. post prouoc. (I. 21.) Kayserliches Decret vom 15. Apr. 1637. in der Sammlung der Reichsabschiede Zugabe zum 4ten Theile S. 76. § Zum vierten. Reichshofrathsordnung Tit. II. §. 2. LEYSER spec. 27. med. 4.

b) R. H. R. O. Tit. 11. §. 8. Concept II. 37. Reichsabschied von. 1654. §. 166. Wahlcapitul. Francisci Art. 16. §. 7. Art. 17. §. 15. Art. 18. §. 5. Art. 24. § 13. argum. art. 10. §. 12. I. P. O., Zellische Oberappell. Gerichtsordn. in der Vorrede und Th. II. Tit. 1. §. 4.

c) L. 7. C. de prec. Imp. offer. (I. 19.), L. 6. C. Si contra ius vel vtilit. publ. (I. 22.) Nou. 82. c. 13. c. 8. X. de fide instrum. (II. 27.), L. 2. 3. C. de can. frument. vrb. Rom (XI. 22.). L. 2. C. de nav. non excus. (XI. 3.). Ludwig der XII. schrieb an sein Parlament: qu'on suive toujours la Loi, malgré les ordres contraires, que l'importunité pourroit arracher du monarque. Eloge de Louis XII. par l'Abbé Noël.

cc) The plot investigated, or a circumstantial account of the late horrid attempt of Margarethe Nicholson to assassinate the King, with many interesting particulars. Sie ist von einem Officier der Garde verführt, hat mit ihm vergnügt gelebt, welcher ihr bey seinem Tode eine ansehnliche Leibrenthe vermacht hat. Der Advocat der ihr solche beytreiben sollen, hat sie unterschlagen. Dieserhalb soll sie 17. Memoriale an den König, ohne Antwort zu erhalten, eingereichet, und bey dem leztenmal soll sie die schauderliche Handlung vorgenommen haben, die uns den besten König hätte rauben können, wenn es nicht durch göttliche Gnade verhütet wäre. Am 17. Aug. 1791. als gegen Mittag der König nach St. James fahren wollte,

trat

trat der ehemahlige Admiralitäts - Richter Sutherland in Minorca auf einmahl hervor, kniete nieder und erschos sich vor den Augen des Königs. Man fand einen Brief von seiner Hand an den König und ein Memoire bey ihm, woraus sich ergab: General Murray hatte ihn abgesezt. Er hatte desfallsbey seiner Zurückkunft in England geklaget, und der General war in 5000 Pfund Sterl. Entschädigung verurtheilet, welches Urtheil aber, da sich der General an das Parlament gewandt, wieder aufgehoben worden war. Seine Vorstellungen wurden aber nicht gehöret, und so erklähret er, daß er sich ganz vorsäzlich erschiese, hoft aber daß man seinen zwey nachgelassenen Töchtern noch Gerechtigkeit wiederfahren lassen werde. In universal - Magazine Dec. 1791. ist gemeldet, daß die Wittwe dieses Unglücklichen von der Krone 500 Pfund, und die Töchter jede 100 Pfund jährliche Pension, der Sohn aber eine Gratification von 1000 Pfund erhalten habe.

d) I. P. O. art. V. §. 2. 25. 33. L. 10. C. de SS. eccl. Gail Lib. II. obs. 56. L. 2. 3. C. de can. frument. vrb. Romae (XI. 22.). Das angeführte Kayserliche Decret vom 15ten Apr. 1637.: was aber ratio status und andere Umstände mit sich bringen und erfordern, darinn wollen Ihro Kayserliche Majestät die Hand frey offen behalten. Struben Th. III. Bed. 3. und 5. Th. IV. Bed. 118. Z. B. wenn jemand auf fremden Grund und Boden gebauet hatte, welches nicht ohne grosen Ruin der Bauenden niedergerissen werden könnte, so kann er verlangen, daß sich der Eigenthümer des Plazes mit dessen Werth begnüge, arg. c. 25. X. de iureiur. L. 1. §. 5. D. de postul. L. 57. §. 1. D. de ritu nupt. LEYSER Sp. 447. Med. 8. MEV. ad Ius Lub. P. III. tit. 12. art. 3. n. 4. und art. 7. n. 41. v. Cramer wezl. Nebenst. Th. 27. n. 2. §. 14. und den das. angeführten STRUV. de aedif. priv. §. 37. arg. L. 2. §. 17. 19. D. ne quid in loco publ.

*d*[1]) REINHARD de I. forestali Germ. Sect, 2. §. 1. p. 66.

*e*) L. 12. pr. C. de iud. (III. 1.). Gandersheimischer Landtagsabschied von 1601. §. Zum andern — — oder auch wenn bey denselben wegen kündlich versagten oder zur Ungebühr in die Länge gezogenen Rechtens der Mangel seyn würde u. s. w.

*f*) L. 13. §. 4. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1.). Durch eine Declaration vom 29ten Oct. 1792. da Zweifel entstanden, in welchem Gericht die Linnen-Legge-Bedienten zu belangen seyen, ist nun festgesezet, daß die Legge-Inspectoren unmittelbahr unter den höheren Landesgerichten, die übrigen Bedienten aber unter den ordentlichen Untergerichten stehen sollen.

*g*) I. P. O. art. 5. §. 56. Si qua dubia circa interpretationem constitutionum & recessuum imperii publicorum occurrunt — — — remittantur ad comitia. Art. 8. §. 2. vbi leges ferendae l. interpretandae — — nil — — vnquam fiat l. admittatur, nisi de comitiali consensu. Wahl-Capitulat. Art. 2. §. 5. (1711.) noch allein die Interpretation der Reichssazungen und des Friedensschlusses vornehmen (1742) noch dergleichen unserm R. H. R. oder E. G. gestatten. Und so hat der R. H. R. durch ein Gutachten an den Kayser seine auf fürstlich Taxische Veranlassung wegen des vermeynten, aber zur Reichsversammlung verwiesenen Postregals ertheilte Mandate zurückgenommen. Pütters Erörter. und Beyspiele des T. Staats- und Fürstenrechts 1tes Heft.

*h*) LEYSER Spec. I. Med. 4. L. 2. §. 23. C. de vet. iur. enucl.

*i*) ECKHARD hermeneut. Iur. L. 2. c. 2. §. 92. seq.

*k*) L. 12. §. 1. D. qui & a quib. manumitt. (XL. 9.), L. 1. 9. C. de LL. (I. 14.) Nov. 82. c. 14. Hessische Oberappellat. Gerichtsordnung Tit. 5. §. 13.

*l*) GROTIVS de I. B. et P. II. XI. 12.

*m*) L.

m) L. 4. D. de administrat. rer. ad civit. pert. verglichen mit L. 1. ibid. Es bezweifelt Gerdes in der Diss. de stipendiis militum togatorum §. 23. des Landesherrn Befugnis, die vor Theologen gestiftete Stipendien auch Juristen, Medicinern ꝛc. zu verwilligen, welches hingegen Fritsch de stipendiis c. IV. n. 15. behauptet. Allein es kommt hier 1) auf den Willen des Stifters an; ist dieser ganz uneingeschränkt blos auf die Gottesgelahrheit gerichtet, so muß selbiger nicht, als ob es sündlich oder ein Kirchenraub wäre, sondern als positiver Wille des Erblassers erfüllet werden. Ist gegenwärtig kein Theologe da, so müssen die Einkünfte aufbewahret, und künftig reichlichere oder mehrere Stipendien bewilliget, oder sonstige Einrichtungen davon bestritten werden, welche dem Willen des Erblassers entsprechen.

## §. 20.

### Von den Gegenständen der Gerichtsbarkeit,

### a) von der freywilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit.

Die Gerichtsbarkeit hat entweder die Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreits, oder aber die Beschaffung des öffentlichen Glaubens und richterlichen Bestätigung zum Zweck; in jenem Falle wird sie die streitige [contentiosa], in diesem die freywillige [voluntaria] genannt. Von der lezteren ist in meiner Iurisprudentia extraiudiciali umständlich gehandelt, worauf ich mich hier blos beziehen muß.

## §. 21.

### b) Von der bürgerlichen und peinlichen Gerichtsbarkeit.

Die bürgerliche Gerichtsbarkeit begreifet nicht allein alle unter streitenden Theilen verhandelte bürgerliche Gegenstände, alle Sachen der

freywilligen Gerichtsbarkeit, sondern auch geringe straffällige Verbrechen unter sich §. 22. nota d. und e. Der Richter, welcher blos bürgerliche Gerichtsbarkeit hat, übernimmt auch bey Fällen, welche zur würklich peinlichen Gerichtsbarkeit gehören, alles das, was keinen Aufschuv leidet. Er muß nur die abgehaltene Protocolle, oder den Arrestanten unverzüglich an den peinlichen Richter abliefern *a*). Auch bedient er sich erlaubter Weise des Prangers und Halseisens, doch nicht als einer peinlichen, sondern blos bürgerlichen Strafe *b*). Von dem Gegenstande und der Competenz der peinlichen Gerichtsbarkeit S. die summarische Proc. §. 451 - 461. Bey der Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit kommen einige besondere Umstände vor: 1) die herrschaftlichen Unter-Justizbeamten haben nur das Recht der Untersuchung, nicht der Entscheidung; denn in allen spruchreifen Sachen und in zweifelhaften Fällen während der Inquisition müssen sie die Acten an die landesherrliche Canzley *c*), nicht aber an die Hofgerichte *d*), schicken. Die Patrimonialrichter sind verpflichtet, die Acten, zwar nicht an das Obergericht, aber doch an auswärtige Juristenfacultäten, zum Spruche, sowohl wenn zu interloquiren ist, als wenn endschaftlich gesprochen werden soll, zu senden; es müste denn das Gericht aus drey geprüften Rechtsgelehrten bestehen *e*). 2) In wichtigen peinlichen Sachen muß das Gericht aus mehreren Personen bestehen *f*); dahin-

rlichen Sachen ein Richter, wenn er as Protocoll beeydigt ist, zureichet.

Sachen fallen alle aufschiebende

Rechts-

Rechtsmittel, nahmentlich die Appellation, weg *g*). Deren Stelle vertreten anderweite Vertheidigungen und die Nullitätsklage *h*).

*a*) de PUFENDORF T. III. obs. 94. Militärjustizreglement c. III. §. 13. 14.

*b*) Ebenderselbe T. IV. obs. 135.

*c*) PUFENDORF introd. in Proc. crim. c. V. §. 20.

*d*) Ebendas. C. IV. §. 21.

*e*) de PUFENDORF T. II. obs. 69. Ob die von einem Patrimonialrichter oder in dessen Nahmen gefällete Urtheile, in welchen Lebens- und andere schwehre peinliche Strafen erkannt sind, dem Landesherrn zur Bestätigung, Milderung oder Erhöhung vorzulegen seyen, so wie solches von den landesherrlichen Gerichten geschiehet, darüber muß das Herkommen entscheiden. In hiesigen Landen schicken die Patrimonialgerichte die Urtheile nicht zur Bestätigung ein. Hanau. Landtagsabschied von 1639. §. 2. das peinliche Gericht belangend.

*f*) Peinliche Halsgerichtsordnung Art. 1. 84. 181. c. 28. X. de test. (II. 20.).

*g*) Reichsabschied von 1530. §. 95. Concept II. 31. 14.

*h*) Concept am angeführten Orte.

## §. 22.

### Von den Gränzen der hohen Gerichtsbarkeit.

Streitigkeiten über die obere und untere Gerichtsbarkeit sollten nicht leicht unter den verschiedenen Obrigkeiten des nähmlichen Landesherrn vorkommen, da dieser die Gränzen ihrer Aemter nach seinem Willkühr ohne Proceß bestimmen kann.

Allein

Allein unter verschiedenen Landesherren, ingleichen unter dem Landes- und Gerichtsherrn, entstehen sehr häufig Rechtsstreitigkeiten über die Gränzen der hohen und niedrigen Gerichtsbarkeit. Bey solchen Rechtsstreitigkeiten müssen, wenn possessorisch geklaget wird, solche Handlungen, welche zur Ausübung der Gerichtsbarkeit gehören, dargethan werden; z. E. erlassene Ladungen; Befehle; angestellte Untersuchungen; Confirmationen der Contracte; Aufhebung todter Cörper; Auch Erhebung der Contribution *a*) u. d. g. Nur gegen den Landesherrn kann man sich nicht blos in dem neuesten Besize gründen *b*), sondern es muß alsdenn die Sache im ordentlichen Besizstande erörtert werden. Wird aber petitorisch geklagt, so kömmt es auf Jurisdictions-Receße, auf den Verwilligungsbrief, auf einen unfürdenklichen Besiz, Geseze und Gewohnheiten der Provinz oder des Districts an *c*). Fehlt alles dieses, so ist auf die gewöhnliche Bestimmung, welche in einem Rechtsgutachten des Leipziger Schöppenstuhls [im Anhang zum zobelianischen Sachsenspiegel *d*) und beym Carpzov *e*)] befindlich ist, Rücksicht zu nehmen. Die hohe Gerichtsbarkeit [höchste Recht, Blutbann, Ober-Hals-Peinliche-Cent-Fraischgerichte, Ungerichte über Hals und Hand] begreift die peinliche höhere Fälle, die Leib und Leben, Güter und Ehre betreffen, unter sich, und diese wurde sonst den Fürsten des Reichs durch feyerliche Belehnung mit einer besonderen Fahne ertheilet *f*). Im Zweifel ist also diese Art der Gerichtsbarkeit dem Landesherrn zuzueignen, wenn sie nicht der Gerichtsherr zu haben pflegt, welche

Ver-

Vermuthung bey den Besizern freyer Allodialgüter, oder Dynasten eintritt *g*). Eine neue allgemeine und zweifelhafte Verwilligung des Landesherrn über die Gerichtsbarkeit ist also ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Titels, er mag entgeltlich [oneroſus] oder unentgeltlich [gratuitus] seyn, gegen den auszulegen, welcher dieses sonderbare Recht sich zuzueignen suchet. Die niedere Gerichtsbarkeit [Erb- Unter- Civilgerichte über Haut und Haar] betrift bürgerliche, streitige oder freywillige Sachen, und begreift auch oft die Bestrafung geringerer Verbrechen unter sich.

*a*) L. 4. §. 2. D. de cenſ. (L. 15.).

*b*) L. 1. §. 42. 45. D. de aqua cott. et aeſt. (XLIII. 20.).

*c*) Verordn. Herz Julius in den Calenbergischen Landesordnungen T. II. S. 663. Struben Th. II. Bed. 134.

*d*) S. 139.

*e*) In praxi rer. crim. qu. 109. KRESSII diſſ. de iurisd. crim. variis gener.

*f*) GVNDLINGII Diſſ. de feudis vexilli, Carlsruher nüzliche Sammlungen I. Th. S. 1. 32. 41.

*g*) KOPP de inſigni differ. Com. et nob. S. I. c. 21.

## §. 23.

### c) Von der geistlichen Gerichtsbarkeit.

Es ist aus der Geschichte bekannt, daß die Päbste in den finstern Zeiten damit umgiengen, alle Gerichtsbarkeit an sich zu ziehen *), so gar, daß jedem Theile erlaubet seyn sollte, auch wider Willen des anderen, eine bey weltlichen Gerichten

bereits

bereits rechtshängige Sache vor den geistlichen Richter zu bringen, bey dessen Ausspruche es denn schlechterdings, so wie bey dem Zeugnisse eines Geistlichen, bleiben sollte *a*). Allein diesem Unwesen ist selbst von catholischen Ständen, so wie sie mächtiger worden, aller Einhalt geschehen, und daherv in den Reichsgesezen die Appellationen an den Pabst nachdrücklich untersaget *b*). Bey Catholischen gehören geistliche Sachen und Personen zur bischöflichen Gerichtsbarkeit *c*). Seitdem aber in den Ländern der Protestanten die bischöfliche Gewalt suspendiret ist *d*), haben die Landesherren, als die höchsten Aufseher und Regierer aller bürgerlichen Gesellschaften, aus einem landesherrlichen nicht bischöflichen Rechte *e*), den Consistorien, welche ein vermischtes aus geist- und weltlichen Räthen zusammengesezetes Gericht ausmachen, diese Gerichtsbarkeit verliehen *f*), obgleich ein Consistorium nicht schlechterdings erfordert wird. Es können aber auch Edelleute und Städte durch unvordenkliche Verjährung oder landesherrliche Begnadigung, Consistorialrechte und die völlige geistliche Gerichtsbarkeit erlangen *g*). Die reformirte Synode der conföderirten hiesigen und Braunschw. Kirche hat Consistorialrechte, und wohnet der Synode ein landesherrl. Beysizer, jedoch ohne Stimme bey. Von ihren Aussprüchen, wenn es nicht blos geistliche Sachen sind, wird an die Canzley und Hofgericht appelliret *g*[1]). Die geistliche Sachen sind entweder blos geistliche [causae ecclesiasticae merae] oder sie sind von einer vermischten Art [mixtae] *h*.) Jene fliesen unmittelbahr aus dem bischöflichen Rechte oder der landesherr-

herrlichen Aufsicht über die Kirche, und haben die Aufsicht der Kirchen, Schulen, des Gottesdienstes, Lehre und Amt geistlicher Personen zum Gegenstande, wobey dem protestantischen Landesherrn, und folglich seinen Consistorien das Recht der Inspection zustehet. Diese betreffen streitige Sachen, z. E. Ehesachen *i*) imgleichen persönliche (keine dingliche) Klagen geistlicher Personen, worunter Küster, auch Schulmeister und Cantores und Organisten, auch deren Frauen nnd Kinder, so lange leztere beym Vater wohnen, nicht aber Dienstbothen, auch nicht Klockenläuter oder Balgtreter, gerechnet zu werden pflegen *k*). Die Ehesachen der Juden gehören zuerst vor den Landrabbiner, und von dessen Ausspruche kann ohne alle Formalität einer Appellation von den ordentlichen Richter des Wohnorts gegangen werden *l*). Die an den Stadtschulen angesezte Lehrer sollten als geistliche Personen unter den Consistorien stehen; allein häufig sind sie den Stadtobrigkeiten unterworfen, welche sie berufen und besolden *ll*). In den blos geistlichen Sachen wird die Berufung an den bürgerlichen Oberrichter des nehmlichen Landes nicht zugelassen, und die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte fällt in allen geistlichen Sachen gänzlich aus *m*). Doch steht die peinliche Gerichtsbarkeit, wenn man nur Vergehungen der Geistlichen, die ihr Amt, Lehre uud Sitten betreffen, ausnimmt, den Consistorien nicht zu *n*), sondern der Geistliche wird dem weltlichen Richter übergeben. Wenn in hiesigen Landen Geistliche bruchfällige Vergehen vornehmen, so wird die Untersuchung vom Superintendenten und Beamten

ten vorgenommen. Können sich diese nicht vereinigen, so wird an das Consistorium berichtet. Die Geldstrafen fordert der Superintendent ein, und liefert sie an das Amt ab. Leibesstrafen an Küstern 2c., wie auch Execution der Geldstrafen verfüget der Beamte *o*). Desgleichen sind sie in Teichsachen schlechterdings der Ortsobrigkeit und Teichgerichten unterworfen *p*). Endlich ist noch zu bemerken, daß in protestantischen Ländern zuweilen geistliche Personen, auch ohne Requisition des geistlichen Richters, von jedem anderen Richter, zu Ablegung eines Zeugnisses vorgefordert werden können *q*). Ueber Güter und weltliche Rechte der Geistlichkeit erkennet bey den Protestanten der weltliche Richter *r*); anders in catholischen Ländern *s*). Die Schwängerungsklagen, woferne nicht auf die Ehe geklaget wird, gehören keinesweges vor die Consistorien. Im einigen Landen sind sie aber dahin gewiesen. Der Regul nach gehören streitige Stipendien-Sachen, die zum Besten der Studirenden verordnet sind, nicht vor die Consistorien *t*). In Weymar wurden jedoch die wegen eines Stipendiums von 2000 Rthlr. beschwerte Erben, auf dessen Auszahlung vom Consistorial-Fiscal belanget. Die academische und gymnasiastische Gerichte haben ihren Ursprung ohne Zweifel der auth. habita C. ne fil. pro patre zu danken. Ihre Verfassung und Gränzen müssen aber nach den academischen Begnadigungen, Statuten, Herkommen und Recessen beurtheilet werden.

*) S.

*) S. Schmidts Hist. der Deutschen Th. II. Buch II. Hauptst. 9. imgleichen Buch VII. Hauptst. 45. S. 585. u. f.

a) Capit. Reg. Franc. L. VI. cap. 366. beym Baluzius T. I. p 985. c. 35. seq. C. XI. Qu. 1. Hierher gehöret auch die Erfindung Innocentius III. im c. 13. X. de iud. mit der denunciatione euangelica und die imploratio officii iudicis ecclesiastici c. 1. X. de O. I. (I. 32.) c. 5. X. de foro comp. c. 3. ibid in 6.

b) Reichstagsverordnung von 1232., Landfrieden von 1287. und 1303., Puncte auf dem Reichstag von 1435. denen Ständen übergeben. Beschwerden der Stände auf dem Reichstage von 1495., in der neuen Sammlung der Reichsabschiede Th. I. S. 17. 36 40. S. 150. und Th. II. S. 25. 80 81. Selbst die Stadt Göttingen hat sich gegen die Eingriffe der geistlichen Gerichte in ihren Statuten bey DE PUFENDORF T. III. obs. im append. S. 193. 194. männlich gewehret.

c) c. 4 8. 10. X. de iud. (II. 1.), c. 12. X. de foro comp. (II. 2.), L. 33. 37. §. f. C. de episc. & cler. Nou. 83. u. 123. c. 1. Jedoch können alle Geistliche bey der römischen Curie belanget werden. c. vlt. X. de foro comp. Blos wieder diejenigen, welche der Kirche Schaden zufügen [malefactores ecclesiae] soll sowohl beym geistlichen als weltlichen Richter geklaget werden können. c. 8. X. ibid. Erster fähret in diesen Sachen mit dem Bannstrahle drein c. 16. X. ibid. Es sind aber heut zu Tage nur kalte Schläge.

d) Reichsabschied von 1555. §. 20. Instr. Pac. Osn. art. 5. §. 47. in fine u. §. 48.

e) Dies wird sehr durch die Art erläutert, wie sich Landgraf Philipp von Hessen der erzbischöflichen Gerichtsbarkeit entzogen und 1526. die erste hessische Kirchenordnung bekannt gemachet hat, bey Kopp von den hessischen geistlichen und weltlichen Gerichten Th. I. 6. 206. BOEHMER ius eccl.

Prot. L. 3. T. 20. §. 23. CARPZOVII def. eccl. L. I. T. 1.

f) Calenbergische Landesordnung Th. I. S. 273.

g) BOEHMER in I. E. P. L. I. T. 28. §. 27. u. f. I. P. O. art. 5. §. 31. Gesezmäsige Beantwortung der Frage: ob ein cathol. Landesherr in Teutschland die Idict. ecclesiast. über die in seinem Lande der A. C. verwandte Unterthanen zu exerciren befugt sey, in Fabers Staats-Canzl. T. 47. c. 12. n. 12. p. 412. LYNCKER P. I. Resp. 154.

g¹) de PVFEND. T. III. Obs. 98.

h) Calenb. Land. Ordn. a. a. O. S. 274. §. desgleichen. HERM. VVLTEIVS de Iud. L. I. c. IV. n. 147. seq. BRVNNEMANN Ius eccl. L. 3. c. I. §. 16.

i) c. 3. X. de ord. cognit. c. 16. X. de off. et pot. iud. del. c. 7. X. qui filii sint legitimi. c. 12. X. de excess. praelat. C. G. O. P. II. tit. 1. §. 3. Rec. Visit. de 1570. §. 7. BOEHMER I. E. P. L. III. T. I. §. 35. n. III. Verordnung vom ersten May 1770. vom clero minori §. 1. jedoch soll der Kläger die Wahl haben, ob er diese Personen sofort beym Consistorium oder vor dem Superintendenten und Kirchencommissarien belangen will, welche den Vergleich versuchen, in dessen Entstehung aber die Sache zum Definitivspruche vorbereiten, und sodann die Acten an das Consistorium einsenden sollen. §. 6. Wenn aber diese Personen von niederem geistlichen Stande ein Nebengewerbe treiben, und daraus belanget werden, so stehen sie unter der Ortsobrigkeit. §. 7. Der befreyete Gerichtsstand dieser zur niederen Geistlichkeit gehörigen Personen soll nach §. 9. gleich mit dem Tode aufhören, welches bey würklichen Geistlichen sich anders verhält.

k) Calenbergische Landesordnungen Th. I. S. 244. WEBER de iur. consist. BOEHMER I. E. P. L. II. T. II. ZIEGLER de iurib. maiest. L. I. c. 19. §. 4. Eine genauere Bestimmung der vor das Consistorium

storium gehörigen Sachen muß aus jeder besonderen Consistorialordnung oder aus der Observanz geschöpft werden, die beyde sehr verschieden sind. Von den hiesigen Landen s. die Zellische Oberappellationsgerichtsordnung II. 1. 3. und Rescript vom 6ten Sept. 1736. Da das canonische Recht verschiedene Glaubensgrundsäze und die Bemühung, die geistliche Gerichtsbarkeit auszubreiten, zum Hauptgegenstande hat, so ist es hierbey nicht zu befolgen.

*l*) Struben rechtl. Bed. Th. III. Bed. 65. Beck vom Recht der Juden c. 16. §. 5.

*ll*) LEYSER spec. 77. med. 2. Verordnung vom 1sten May 1770. Die Nebenschulmeister an denen Orten, wo Pfarrkirchen sind, sind aber in dieser Verordnung in allen Sachen, die ihr Schulmeisteramt nicht betreffen, den weltlichen Gerichten unterworfen.

*m*) arg. I. P. O. art. 5. §. 48. Pütters Erörter. und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 2ten Band. 18 Heft.

*n*) ZIEGLER de iuribus maiest. L. I. c. 19. §. 2.

*o*) Calenbergische Landesordnungen Th. II. S. 849. u. 850. Wenn die niederen geistlichen Personen nebenher einiges Handwerk treiben, und in dieser Betrachtung, oder auch außer ihren zu der Kirche gehörigen Häusern, etwas bruchfälliges begehen, so gehöret die Sache blos vor die weltliche Obrigkeit. Verordnung vom 1sten May 1770.

*p*) Calenbergische Landesordnungen Th. II. S. 845.

*q*) Calenbergische Landesordnungen Th. I. S. 846. 849. Th. II. S. 574. und 584.

*r*) Struben Th. I. Bed. 181. Im c. 5. X. de foro compet. wird verordnet, daß wenn ein Laye von einem Geistlichen wegen seiner oder der Kirche Sachen belanget würde, welche jener vor seine eigene ausgäbe, so müsse beym weltlichen Richter geklaget werden, obgleich an mehrern Orten

ein anderes eingeführet sey. DE PVFEND. T. III. Obs. 97. führet desfalls eine Königl. Declaration vom 22. May (2. Jun.) 1739. an, nach welcher im Lüneburgischen bey ganz unstreitigen Kirchengefällen zwar die weltliche Beamte angegangen werden sollen; wenn diese aber nicht helfen, so soll das Consistorium desfalls Befehle an selbige ergehen lassen. Im Calenbergischen hingegen soll sich das Consistorium dessen schlechterdings enthalten. Ein merkwürdiger Fall ist beym Cramer in Wezl. Nebenst. Th. I. n. 9. befindlich, wo das Stift B. M. V. in Achen wegen eines Plazes, der Fischmarkt, sich an die Cöllnische Nunciaturgerichte, die Stadt aber sich an das C. G. wandte, und die Competenz des lezteren behauptet wird, weil hier ein Geistlicher einen Weltlichen belangte, blos von dem Besize die Frage war, und der Magistrat den Plaz als einen weltlichen besas und betrachtete. Allein als über einen geistlichen Zehnten petitorisch die Frage war, erkannte das C. G. seine Gerichtsbarkeit nicht vor gegründet. ibid. Th. 82. n. 7.

s) BOEHMER Ius Paroch. Sect. S. c. 5. §. 19. seq.

t) Cramers Wezl. Nebenst. Th. 87. n. 4.

## §. 24.

### d) Von der eigenthümlichen oder Patrimonialgerichtsbarkeit.

Der Regel nach stehet die Gerichtsbarkeit in Rücksicht des Amtes zu, so jemanden vom Obern ertheilet ist, welche daher die Amtsgerichtsbarkeit (Iurisdictio officialis) genannt wird. Dieser wird die Gutsgerichtsbarkeit [patrimonial-, prädial-, Erbgerichtsbarkeit] a) entgegen gesezet, welche, so wie die übrigen Rechte, dem Gute anklebt, und ein Eigenthum des Gutbesizers ausmachet. Sie ist daher ein — in Ansehung der Güter zustehendes

Recht,

Recht, eigene Gerichte zu haben. Der Unterschied zwischen dieser und der Amtsgerichtsbarkeit fällt in die Augen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit kann ein jeder haben, welcher die Befugnis hat, solche Güter, mit denen sie verbunden ist, zu besizen, daher er der Gerichtsherr, Gerichtsinhaber genannt wird; die Amtsgerichtsbarkeit kann nur der ausüben, welcher zu Uebernehmung des richterlichen Amtes fähig ist, weswegen er mit dem allgemeinen Nahmen, ohne Rücksicht auf seinen besondern Character, der Richter genannt wird. 2) Jene kommt jedem Gutsbesizer, Manns- und Frauenspersonen, Kindern u. s. w. zu, und ist eine Zubehörung des Guthes; diese erlöscht mit der Person, deren Treue und Geschicklichkeit erwählet ist; 3) jene macht einen Gegenstand des Handels aus, und hat ihren Preis, obgleich keinen bestimmten, dahingegen diese, auser dem Falle einer gesezmäsigen Commission, keinem anderen übertragen werden kann. Die Patrimonialgerichtsbarkeit hat ihre verschiedene Arten; die uneingeschränkte [omnimoda], welche sowohl die peinliche als bürgerliche Gerichtsbarkeit, zuweilen auch die Ausübung gewisser Rechte dergestalt unter sich begreift, daß die fürstlichen Beamten gar keine Gewalt daselbst haben *b*), in welchem Fall sie die geschlossene, beschloßte Gerichte, vögteyliche Herrlichkeit u. s. w. heist *c*), und die unbeschlossenen oder niedere, deren verschiedene Gattungen hin und wieder sind: die Zaungerichte [intra sepes] *d*), Pfahlgerichte, [palaris] *e*), Hofgerichte [colonaria] *f*) und Strassengerichte [in viis publicis] *g*). Den benachbarten herrschaft-

lichen Beamten und Fiscälen ist aber zu rathen dahin zu sehen, daß sich geschlossene Gerichte keine Hoheits oder consistorial = Rechte anders, als wenn solche hergebracht sind, anmasen, auch überhaupt kein Gerichtsherr die Gränzen der zustehenden Gerichtsbarkeit auf keine Weise überschreiten. Die Gerichtsbarkeit auf öffentlichen Strassen und auf den öffentlichen Flüssen stehet dem Fürsten in seinem Lande, der Regel nach, ganz allein aus dem ihm gebührenden Hoheitsrechte über die Flüsse, und aus dem Geleitsrechte, zu, und in soweit ist sie nicht mit dem Nahmen der Gerichtsbarkeit, sondern der Hoheitsrechte zu belegen *h*); sofern aber dieses Geleitsrecht und Gerichtsbarkeit in einem fremden Lande zukömmt, ist sie nach dem Rechte einer Staats = Dienstbarkeit (servitus iuris publici) zu beurtheilen *i*). Der Ursprung dieser Gutsgerichtsbarkeit ist nicht einerley. Daß der Eigenthumsherr nach alten teutschen Gewohnheiten die Gerichtsbarkeit über seine Leibeigene und die selbigen eingegebene Güter gehabt, [welches Eigengericht, Vogtding genannt wurde. So heisset es noch heut zu Tage das Vogtgerichte, welches die Stadt Göttingen über ihre beyde Stadtdörfer Roringen und Herberhausen durch ein Rathsglied verwalten lässet] hat Kopp von den geistlichen und civil = Gerichten im Hessischen §. 275. n. c. und der von ihm angeführte Lennep aus Urkunden erwiesen. Allein nicht alle Bauern sind Leibeigene gewesen, und wenn dieses auch wäre, so könnte dies doch keinen Grund abgeben, auf die städtische patrimonial = Gerichtsbarkeit zu schliessen *k*). Der Regel nach kommt die Untergerichtsbarkeit den wirklichen

lichen Rittergütern und grösseren Landstädten zu. Den Dynasten und dem unmittelbahren Reichsadel stehet gewöhnlich die allgemeine Gerichtsbarkeit nebst der Ausübung der Hoheitsrechte zu *l*). Die Patrimonialgerichtsbarkeit wird nicht mit dem Landesherrn gemeinschaftlich, sondern allein ausgeübt, auser daß in Landstädten der Schuldheis oder Vogt des Fürsten, wiewoht verschiedentlich, nach besonderen Recessen und Herkommen, zu concurriren pflegt, so wie überhaupt dem Landesherrn die Aufsicht über die Erbgerichte gebühret *ll*). Gegen den Gerichtsherrn, welcher entweder sein Gericht nicht gehörig besezet *m*), oder durch seine Beamte seine Pflichten durch Saumseeligkeit, Sportulsucht, oder Härte schlecht erfüllt, werden nach vorgängiger Abforderung der Acten zur Einsicht, die dem Obern in dieser Absicht allezeit frey stehet, Strafbefehle erlassen. Fruchten diese nichts, oder misbraucht er die Gerichtsbarkeit auf eine sehr in die Augen fallende Art, so klagt der Fiscal auf Entziehung derselben, wenn nicht ein anderes Verbrechen, daß seine besondere Strafe hat, dazu kömmt *mm*). Diese Einziehung der Gerichtsbarkeit kann jedoch bey Lehn- und Fideicommißgütern nicht weiter als auf die Lebenszeit des Vasallen geschehen. Allen Schaden, den ein Richter zufüget, muß derjenige, der ihn zu dem Amte bestellet hat, wenn jener es nicht selbst kann, ersezen *n*). Die fürstliche Obergerichte haben in der zweyten Instanz auch über diese eine gegründete Gerichtsbarkeit, daher die Erbgerichte stets nur als untergeordnete ausgeübt werden. Endlich stehet dem protestantischen Fürsten, auch bey einer allge-

allgemein verliehenen Gerichtsbarkeit, doch allezeit die geistliche Gerichtsbarkeit, an die Stelle des Bischoffs, nnd allen Regenten die Untersuchung und Bestrafung des Verbrechens des Hochverraths, nnd der beleidigten Majestät, Beleidigungen, die den Räthen angethan werden, und überhaupt alle Schmälerungen der landesherrlichen Gewalt, nichtweniger die Gerichtsbarkeit über fremde durchreisende, welche nur solange Unterthanen sind, als sie sich im Lande aufhalten, vermöge der Landeshoheit alleinig zu o). In dieser lezteren Betrachtung kann sich auch ein Patrimonialgericht, selbst ein geschlossenes, diejenigen Strafen nicht zueignen, welche in landesherrlichen Verordnungen dictiret sind, welche nicht die Gerichtsbarkeit, sondern Landespolizey oder Hoheitsrechte betreffen, oder dem Fiscus ausdrücklich vorbehalten sind, wohin auch die Zollstrafen gehören p), es sey denn, daß Verordnungen, Recesse oder Herkommen ein anderes mit sich brächten. Das Recht, Juden aufzunehmen, gehöret mit zu den Regalien, woferne es die Gerichtsherren nicht durch besondere Begnadigungen oder unvordenkliche Verjährungen erlanget haben q). Das Abzugsgeld ist der Regul nach eben so wenig mit der Gerichtsbarkeit verbunden r).

a) Art. 1. der peinlichen Halsgerichtsordnung: denen solche Gerichte eigener Personen halber zu besitzen gebühret, und am Ende des Art. 2. ebendas., welche Personen von ihrer Güter wegen die peinliche Gerichte zu besitzen schuldig sind ꝛc.

b) DE PVFENDORF de iurisd. Germ. P. II. S. I. c. I. §. 1. 20. Strubens Nebenstunden Th. V. Abh. 34. S. 123., desselben rechtliche Bedenken Th. 4. Bed. 36., jedoch leget derselbe am erst angeführten

ten Orte, nicht weniger Th. III. Abh. 23. §. 23. und Th. II. Bed. 136., die Polizeysachen den Unter- und ungeschlossener Gerichten bey. Nur dürfen die Gerichte, auser im eyligen Nothfalle, keine neue Polizeyordnungen machen. Struben Th. III. Bed. 40. Engelhardt in der Erdbeschreibung der hessencasselschen Lande Th. I. §. 30. saget von den hessischen adelichen Gerichten: daß sie denen Aemtern, in deren Bezirk sie liegen, dergestalt einverleibet seyen, daß die herrschaftliche Beamten die zur Landeshoheit gehörigen Rechte darin versehen und handhaben. Ist dieses allgemein richtig, so giebet es im Hessencasselischen kein geschlossenes adeliches Gerichte.

c) Von den verschiedenen Beschränkungen der ungeschlossenen Gerichte. s. Struben Th. I. Bed. 55.

d) DE PVFENDORF am angef. Orte, P. II. S. V. cap. vn. §. 2. sq.

e) Ibid. P. III. S. II. c. 3. Struben Th. I. Bed. CXI. Th. IV. Bed. 3.

f) DE PVFENDORF a. a. O. P. III. S. III. c. 3. Dergleichen eingeschränkte Gerichtsbarkeit bringet zwar in hiesigen Landen dem Dienstherrn die Dienste, nicht aber das Schuzgeld zu Wege, sondern selbiges können nur diejenigen, welche die hohe oder niedere Gerichte hergebracht haben, fordern. Riccius vom landmässigen Adel §. XIX. §. 43.

g) DE PVFENDORF a. a. O. P. II. S. V. c. vn. §. 27. sq.

h) ZIEGLER de iurib. maiest. L. II. 17. §. 30. seq. Struben Th. II. Bed. 81. behauptet im Gegentheil, wem die allgemeine Gerichtsbarkeit zustehe, der habe selbige auch auf Heerstrassen und Flüssen.

i) ENGELBRECHT de seruit. iur. publ. Sect. 2. membr. 3. §. 19. STRUV. Synt. Iur. publ. Diss. 17. §. 24.

k) Ueber den Ursprung der Patrimonialgerichte verdienet nachgesehen zu werden HEINECCII Diss. de orig. iurisd. patrim. Struben in Nebenstunden Th. V. Abh. 34 §. 1. u. f. leitet selbige bey der Geistlichkeit und dem niederen Adel blos aus besonderen Befreyungen her. Eben dieses behauptet, zumahlen von dem Blutbanne, Riccius vom landsässigen Adel H. 19. §. 37., welcher vor allen anderen nachzusehen ist. Von dem Ursprunge der städtischen Patrimonialgerichte s. Scheidt vom hohen und niedern Adel §. 21.

l) PÜTTER Instit. I. publ. §. 462. STRVVII Synt. I. publ. c. 28. §. 7. seq.

ll) arg. §. 2. I. de his qui sui I. alien. iur. sunt (I. 8.), L. 1. 2. D. ibid. (I. 6.) L. 3. C. de aquae ductu (XI. 42.), c. 63. C. II. qu. 3. ZIEGLER de iurib. Maiest., L. 1. c. 29. §. 12. MYLII D. de priuat. iurisd. ob eius abusum. GAIL Lib. 1. obs. 17. n. 4. ROSENTHAL de feud. c. X. conc. 33. n. 59. WERNHER P. VI. obs. 445. MENOCH Vol. I. cons. 2. art. 3. n. de arb. iud. quaest. casu 138. Jargow von Regalien L. 1. c. 6. §. 6. Struben Th. II. Bed. 46.

m) Reichsabschied von 1654. §. 109. Art. 2. d. P. H. G. O. Nov. 82. pr. In der Bremischen Unterger. Ordn. Tit. 2. ist die Präsentation, Beeydigung und Approbation der Justitiarien vorgeschrieben.

mm) R. A. von 1438. art. 2. §. 2. in der Saml. der R. A. Th. I. S. 161. Auch nach der Analogie er Begnadigungen c. 63. qu. 3. C. II. ZIEGLER de iurib. maiest. c. 29. §. 44. ENENCKEL de priu. L. II. c. 6. n. 10. MYLII D. de priv. iurisd. ob abus. STRYCK de abusu iur. quaes. c. 6. n. 52. seq. PAVERMEISTER A KOCHSTET de iuris Lib. 1. c. vlt. n. 13. seq. welcher den Unterschied zwischen Begehung und Unterlassung verwirft.

n) arg. L. 2. §. 1. D. qui pet. tut. (XXVI. 6.), L. 4. §. vlt. D. de fideiuss. & nom. (XXVII. 7.), L. 2. §. 32 - 34. D. ad SCt. Tertull. (XXXVIII. 17.),

L. 2.

L. 2. pr. §. 1 - 4. D. ad municip. (L. 1.). L. 1. 2. 3. 4. C. quo quisque ord. conv. (XI. 35.). Hier tritt die Analogie vom Auftrage, und von der Ernennung eines untüchtigen Vormundes ein, auch die Nachlässigkeit, daß keine gehörige Sicherheit bestellet ist. Struben Th. II. Bed. 85. behauptet, daß ein Landes = oder Gerichtsherr, vor die deponirten Gelder, wenn sie von den Gerichtspersonen angegriffen sind, zu haften verbunden sey. Er führet HARPPRECHT Conf. 95. n. 278. und DE LVDEWIG in Conf. Hallenf. T. II. Lib. II. Resp. 45. n. 17., welche das Gegentheil behaupten; und STRYK de obligatione Principis ex facto ministri c. 3. n. 74 - 76. HERTIVM Vol. I. Resp. 53. n. 9. KRESS de iure officior. et official. p. 93. FESCHIVM de factis official. quat. dominus teneatur c. 4. n. 14. c. 5. n. 14. an, welche den Saz dahin einschränken, daß der Landes- oder Gerichtsherr nur alsdenn zu haften schuldig sey, wenn er untüchtige Bediente bestellet, oder ihnen, ihrer bekannten Vergehungen ohnerachtet, das Amt lässet. Die Oldenburgische Canzley verurtheilte einen Gerichtsherrn zur Entschädigung, weil sein Gerichtshalter 1770. eines Bürgen Zahlfähigkeit ganz im allgemeinen versichert hatte, welcher 1785. Concurs machte, und der Gläubiger nichts erhielt, behielt ihm aber vor: sein Vorgeben zu erweisen, daß der Bürge 1776. würklich zahlbahr gewesen, und wir haben das Urtheil im M. Jun. 1788. bestätiget.

o) DE PVFENDORF de iurisdict. Germ. P. II. S. 1. c. vn.

p) In der Reichspolizeyordnung von 1577. Tit. 14. §. 7. wird dem Richter welchem der bürgerliche Gerichtszwang zustehet die Polizeystrafe wider die Kleyderordnung zugebilliget. Im 18ten Tit. §. 2. ist die Confiscation bey dem Vorkaufen ꝛc. der peinlichen Obrigkeit zugebilliget. Vom Herzogthum Lüneburg s. DE PVFENDORF l. c. §. 29. und T. II. Obs. 37. leget er die Zollstrafen dem Landesherrn bey. Struben in seinen Nebenstunden Th. V. Abh.

V. Abh. 34. S. 182. theilet die Strafen ohne Unterschied den geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten zu. Sogar erheben die ersteren die Licentstrafen nach Abzug des unterschlagenen Licents und Denunciantengebühren. Daß aber auch die von dem Landrabbiner den in den adelichen Gerichten wohnenden Juden auferlegte Strafen den geschlossenen Gerichten zustehen sollten, lässet sich nicht behaupten. Desgleichen kann bey neuen landesherlichen Verordnungen die Strafe dem Fiscus vorbehalten werden, und nie können die Patrimonialgerichte das Recht des Fiscus oder die in der landesherrlichen Verordnung erkannte Einziehung der Güter sich anmasen. Struben Th. III. Bed. 41. In der Brauverordn. von 11ten Oct. 1713. im C. C. Calenb. T. III. C. 4. S. 193. ist die Strafe der Uebertreter so getheilet: die $\frac{1}{2}$ dem Landesherrn oder Inhaber des geschlossenen Gerichts; $\frac{1}{4}$ dem Angeber; $\frac{1}{4}$ milden Stiftungen. Wenn der Gerichtsherr aber selbst der Brauordnung zuwider handelt, so soll die Strafe schlechterdings dem Landesherrn anheim fallen.

q) Reichspolizeyordnung von 1548. Tit. 20. und von 1577. Tit. 20. §. 1.

r) DE PUFENDORF. de Idict. germ. P. II. Sect. III. c. 1. §. 201. u. f. Riccius vom landsässigen Adel c 19. §. 51.

## §. 25.

### c) Von den Kriegsgerichten.

Kriegsgerichte beschäftigen sich mit Sachen und Personen der Kriegsleute. Kriegssachen sind unter anderen die streitigen Anwerbungen. In hiesigen Landen machet man den Unterschied, ob die Anwerbung von dem Angeworbenen als fehlerhaft und nichtig angefochten wird, welches vor die Kriegscanzley (ein Collegium, das zugleich der

Kriegs-

Kriegs-Oeconomie vorgesezt ist, und sonst keine Gerichtsbarkeit hat) gehört; oder: ob mehrere Compagnien oder mehrere Regimenter um einen Recruten streiten, welcher Fall von den General-Kriegs-Gerichten, die aus dem commandirenden General und dem General-Auditeur bestehen, entschieden wird *a*). Dahin werden auch die Streitigkeiten über den Sold, wenn er gar nicht, oder nicht gehörig entrichtet ist, und was überhaupt zur gehörigen Einrichtung des Regiments und des Kriegsdienstes und Disciplin gehört, gezogen *b*). Von Personen gehören vor die Kriegsgerichte (welche in hiesigen Landen die Kriegs-Gerichts-Commission genannt wird, und aus mehreren Geheimen-Räthen, Geheimen-Kriegs- und Kriegs-Räthen, auch dem general- und Ober-Auditeur bestehet), alle hohe und niedere Officiere und Gemeinen von der Cavallerie, Infanterie und Artillerie, Ingenieurs, general-Kriegsgerichts-Bediente, Staabs-Secretairs, Auditeurs, Oberofficiere der Landmiliz oder auch in Pension gesezte Officiere, deren Frauen, Kinder und Domestiquen *c*). Auch die würklich enrollirten Recruten werden mit Recht hieher gerechnet. Hingegen stehen nicht unter dem Kriegsgericht:e 1) die Commissariatbedienten, die nebst den Wittwen und ihren Kindern, so lange sie nicht den Gerichtsstand aus einem andern Grunde ändern, der Justizcanzley oder dem Hofgerichte unterworfen sind *d*); 2) die in Pension stehenden Gemeinen und Unterofficiere; 3) die Wittwen und Kinder der Oberofficiere, doch so, daß sie unter den Obergerichten stehen; 4) die Frauen und Kinder der Unterofficiere und

Gemei-

Gemeinen, wenn diese auserhalb Landes dienen, bis zu ihrer Wiederkunft, jedoch der Rechtshängigkeit ohnbeschadet *e*); 5) die blos auf Wartegeld angenommene Recruten, welche noch nicht beeydiget und eingesezet sind *f*); 6) die Personalsachen der angesessenen Soldaten. 7) Wenn die Schuld über 50 Rthl. und Oberofficiere betrift, und der Officier unbewegliche Güter besizet, so gehöret die Sache weder vor die Regiments- Gerichte noch vor die Kriegs- Gerichts- Commission, sondern vor den Richter wo die Güter belegen, und wenn dies ein Untergericht wäre, vor die höheren Justiz- Collegien *ff*). 8) Stellt auch der Soldat eine doppelte Person vor, in welcher Rücksicht er unter einem andern Richter steht, so hat er in dergleichen Sachen seinen Gerichtsstand vor dem Kriegsgerichte nicht *g*). 9) Da diese Kriegsgerichte nur einen persönlichen Gerichtsstand enthalten, welcher auf die Erben nicht übergehet *h*), so übernimmt der Kriegsrichter nach dem Tode eines Soldaten nur die Versiegelung und Verfertigung des Güterverzeichnisses, worauf er dieses Verzeichnis nebst der Erbschaftsmasse, nach Abzug der Kriegs- und anderer privilegirten, liquiden und kleinen Schulden, dem bürgerlichen Richter, oder wenn die Erbschaft nicht streitig ist, den Erben selbst übergiebt *i*). In dinglichen Klagen ist der Soldat dem Richter, worunter die Sache liegt *k*), und in Ehesachen dem geistlichen Gericht unterworfen, wenn nicht die Ehe gegen das Verbot der Kriegsartikel eingegangen ist, und der commandirende General dieselbe für nichtig erklärt *l*). Die Form dieser Gerichtsbarkeit besteht darinn, daß in bürgerlichen

Sachen

Sachen vom Chef des Regiments, unter Zuziehung der Oberofficiere und des Auditeurs, oder auch in Dörfern vor dem Amtmanne, die Untersuchung angestellt, und das Gutachten abgefaßt wird, und daß, wenn man es hiebey nicht bewenden lassen will, die Sache ohne Berufungsformalien an die Kriegsgerichtscommission zur weitern Erörterung gelanget *m*). In Criminalsachen verhält es sich auf diese Art. Vor den Chef des Regiments gehören: Trunkenheit, Widerspenstigkeit im Kriegsdienst, ohne jedoch Hand an den Vorgesezten zu legen, der erste, einfache und geringe Diebstahl, Zank uud Schlägereyen, welche ohne Aufruhr und Verschwörung, ingleichen ohne öffentliche Gewalt, auch ohne Wunden, auf keiner öffentlichen Strasse geschehen, Unzucht und überhaupt die geringeren Verbrechen, welche nach dem Kriegsgebrauch eine Militärstrafe nach sich ziehen. Zu seiner Gerichtsbarkeit gehört aber nicht die Zuerkennung der Spizruthen zur Herausbringung der Wahrheit; die Bestrafung der Desertion; die unehrliche Dienstentlassung, ingleichen die Degradation eines Unterofficiers, und die gefängliche Verwahrung eines Oberofficiers, welche über 24 Stunden dauert. Alle übrige peinliche Sachen gehören vor das Generalkriegsgericht *n*). Die Soldaten, welche auserhalb dem Orte der Besazung Verbrechen begehen, werden von jedem Richter, wenn die Sache darnach beschaffen ist, mit gefänglicher Haft belegt, müssen aber ohne Anstand an die nächste Besazung abgeliefert, und dem Chef des Regiments das Protocoll eingesendet werden *o*). In Verbrechen, die durch das Landesgesez bestimmt

sind,

sind, entscheidet der General en Chef selbst; in gröbern Militärverbrechen spricht entweder ein feyerliches Kriegsgericht [Kriegsrecht], oder eine Juristenfacultät *p*). Die peinlichen Urtheile gegen Oberofficiere werden dem Landesherrn zur Bestätigung vorgelegt, andere nur alsdenn, wenn dessen Gnade angeflehet wird *q*).

*a*) Militärjustizreglement c. III. §. 10. c. IV. §. 2. Verordnung vom 1. May 1709. Calenbergische Landesordnungen Th. III. S. 68.

*b*) Ebendaselbst.

*c*) Militärjustizreglement c. 2. §. 2. und 3. im Corp. Const. Calenb. Th. III. Die Volontärs [qui vltra statutum. numerum militant] sind nach dem L. 3. C. de off. mag. milit. [I. 29.] dem bürgerlichen Richter unterworfen, wovon aber die heutige Praxis abweicht. Die Kriegsrechnungen werden auch nach Entlassung vom Dienste im Kriegsgericht untersucht, L. 2. C. vbi de ratioc. (III. 21.).

*d*) Militärjustizreglement am angef. Orte §. 4. DE PVFENDORF T. II. obs. 93.

*e*) Militärjustizreglement am angef. Orte §. 5.

*f*) Hierüber sind eigene Rescripte in hiesigen Landen ergangen.

*ff*) Militärjustizreglement am angef. Orte §. 6. und authent. Erklährung vom 4ten Jul. 1780. Die vorigen Ausgaben sind in Ansehung dieses Sazes so zu ändern, wie hier gesezet ist.

*g*) L. fin. C. de iurisd. (III. 12.).

*h*) Militärjustizreglement am a. Orte §. 4. und 7.

*i*) Ebendaselbst §. 7.

*k*) Ebendaselbst §. 8.

*l*) Ebendaselbst §. 9.

*m*) Eben.

m) Ebendaselbst §. 12. 13. 14. Der Auditeur wird als der Actuarius angesehen, und können also Testamente vor ihm und denen vom Chef beorderten Officieren gültig überreichet werden. LEYSER Spec. 75. Med. 3.

n) Militärjustizreglement c. III. §. 1 - 9.

o) Ebendaselbst §. 11. und 13.

p) Ebendaselbst §. 23.

q) Ebendaselbst §. 29.

## §. 26.

### g) Von der Lehnsgerichtsbarkeit.

Zur Lehnsgerichtsbarkeit gehören die zwischen dem Lehnsherrn und Vasallen, oder zwischen mehreren Vasallen des nehmlichen Lehnsherrns über das schon ertheilte Lehen, oder über die wechselseitigen Lehnsverbindlichkeiten; über die Erhaltung oder Einziehung des Lehns entstandene Streitigkeiten *a*). Wenn ein Agnat wieder den anderen über seinen Familienzustand, in Ansehung seiner ehelichen Geburt, actionem negatiuam anstellet, mithin daß ihm das Lehn abgetreten werden müsse, behauptet, so gehöret diese präjudicial-Klage nicht vor das Lehngericht sondern vor den ordentlichen Richter. Eben so, wenn zwey Vasallen über das Seniorat streiten, und die Kirchenbücher fehlen; denn sonst entscheiden diese in Ansehung des Alters den Streit von selbst. Wäre der Familienstand nicht sowohl von der Seite: ob eine Ehe zwischen den Eltern des jezigen Besizers, als vielmehr: ob sie gültig geschlossen sey, in Streit gezogen; so gehöret die Sache im ersten Falle vor den weltlichen, im anderen vor den geistlichen Richter. Ist der

Vasall abwesend, so wird ihm mit Recht vom Lehngericht ein Pfleger bestellt, oder der Streit, den mehrere Agnaten des Abwesenden über dessen Curatel führen, entschieden. Es ist aber keine Lehnssache, wenn blos über das, kraft einer Anwartschaft erst noch zu ertheilende Lehn, mithin auf Erfüllung des Versprechens, oder zwischen dem Vasallen und einem Dritten über die Frage, ob die Sache ein Lehn sey, gestritten wird *b*). Denn wenn ein Dritter [der nehmlich kein Vasall ist] als Kläger oder Beklagter auftritt, so ist kein Lehngericht mehr vorhanden *c*), obgleich der Lehnsherr in Ansehung seines Obereigenthums als eine Hauptparthey interveniren, und den Vasallen vertheidigen kann *d*). Aus diesen Gründen hat Herr von Pufendorf gegen den Herrn von Senkenberg mit Recht behauptet, daß die Zusammenrufung der Gläubiger, sowohl der Lehns- als Allodialgläubiger, und deren Immission in die Lehngüter zu den Lehnssachen nicht gehöre *e*). Ob die Besizstreitigkeiten über ein Lehn zu den Lehnssachen gehören, ist eine etwas bestrittene Frage *f*). So ist auch die Erbschaftsklage für keine Lehnssache zu halten, wenn in der Erbschaft nur wenig Lehn-, aber viel Allodialgüter sind. Sind es grose Lehne, so gehören die Lehnsachen vor das Gericht des Kayfers *g*), sonst aber vor das Gericht der parium curiae, die von beyden Theilen zu erwählen sind *h*), welches das Mann- oder Lehnsgericht genannt wird. Dieses ist aber heutiges Tages an den meisten Orten nicht mehr üblich, sondern die Lehnssachen werden vor den Canzleyen oder der Regierung verhandelt *i*), Reichslehnssachen aber, wenn

selbige

selbige Fürstenthümer, Herzogthümer, Grafschaften, kurz die grösere Lehne betreffen, und gänzlich und endlich darüber zu erkennen ist, vor den Reichshofrath gezogen *ii*). Der Lehnsherr kann seiner Gerichtsbarkeit ausdrücklich oder stillschweigend entsagen, wenn er z. E. wissentlich nicht widersprochen hat *k*). Wenn die Sache ihn selbst betrift, so muß er die Acten verschicken *l*). Zwar können die Vasallen Schiedsrichter erwählen *m*), aber die Gerichtsbarkeit nicht auf einen anderen Richter prorogiren *n*), als welches zum Nachtheil und Verachtung des Lehnsherrn gereichen würde. Die Berufung wird hin und wieder an den Oberlehnsrichter **)*, oder, wenn dieser fehlt, an den Obern des Lehnsherrn, doch nur Gradweise, nicht mit Ueberhüpfung eines Gerichts, gerichtet. Aus dem Grunde des Zusammenhanges der Sachen ist die Gerichtsbarkeit des Oberrichters des nehmlichen Landes ebenfalls gegründet, wenn nur eine und eben dieselbe Klage in Ansehung mehrerer Lehne, die von verschiedenen, obgleich auswärtigen Lehnsherren abhängen, angestellt werden soll *o*). Allein an die Reichsgerichte kann man sich aus dem Grunde des Zusammenhangs nicht wenden, wenn die Lehne in verschiedenen Ländern gelegen sind *p*). Ferner tritt die Gerichtsbarkeit des Oberrichters des Landes ein, wenn der Lehnrichter, der ergangenen Befehle wegen Verwaltung der Gerechtigkeit ohnerachtet, dieselbe dennoch verweigert oder verzögert, oder der Lehnrichter ganz fehlt, oder verdächtig ist *q*). Liegt das Lehn auser dem Lande des Lehnsherrn, so darf zum Nachtheil des Landesherrn und des ordentlichen Richters nichts ge-

schehen, sondern es muß dieser um die Einhändigung der Ladung und Vollstreckung der Hülfe ersucht werden *r*); doch kann der widerspenstige Vasall, wenn die Gerichtsbarkeit offenbar gegründet ist, bey Strafe des Verlusts des Lehns angehalten werden, daß er dem Befehl des Lehnrichters nachkomme *s*). Wo ein voller Landsassiat vorhanden ist, d. i., wo der Vasall auser dem Lehnseyd auch den Unterthaneneyd schwören muß, da ist er auch in persönlichen Sachen der Gerichtsbarkeit, jedoch nur des bürgerlichen Oberrichters unterworfen. Allein die Unterthanenpflicht wird nicht durch das Wort: gehorsam angedeutet, wenn es die Observanz nicht so mit sich bringet, dergleichen nach dem Vicecanzler Struben *t*) im Herzogthum Lüneburg, nicht aber in den übrigen Fürstenthümern dieser Lande, eintritt.

*a*) HILDEBRANDT de recursu inordinato ad curias feudales in caussis non feudalibus, welchem die daselbst angeführten Lynker und Stryk beypflichten. Etwas weicht DE PVFENDORF T. IV. obs. 174. davon ab. Im Meklenburgischen Landesvergleiche §. 463. sind acht Fälle bestimmt, welche vor die Lehncammer gehören, und wird davon an die Reichsgerichte, in andern bey den Canzleyen verhandelten streitigen Rechtssachen hingegen an das Hof- und Landgericht appelliret.

*b*) G. L. BOEHMER in princ. iur. feud. Lib. I. S. 4. §. 372. Landfrieden von 1466. §. 6. in der Samml. der R. A. Th. I. S. 202.

*c*) DE PVFENDORF am angef. Orte §. 3., so daß nach den longobardischen Lehnrechten nicht leicht andere Zeugen zugelassen werden, als welche zu der Lehnscurie gehören. I. F. 10. 26. II. F. 32. 58. §. 3. I. F. Alem. c. 10.

*d*) DE

d) DE PVFENDORF §. 5. DE CRAMER T. I. obſ. 47. §. 4. Sonſt muß es der Lehnsherr bey der gegen den Vaſallen gefällten Sentenz bewenden laſſen II. F. 26. 43.

e) DE PVFENDORF am angef. Orte §. 5. 6. 7. Daher ſchlieſt er §. 8., daß der gemeinſchaftliche Oberrichter und die Reichsgerichte nicht ausgeſchloſſen würden, gegen den ESTOR in Diſſ. de iurisd. curiar. clientelar. Germ., Struben rechtliche Bedenken Th. 3. Bed. 36.

f) HILDEBRANDT am angef. Orte §. V. n. 1. und noch mit mehrerem KAYSER in Diſſ de cauſſ. feud. in iud. diſcept. §. 35. Der Regul nach gehört die Beſitzſache nicht vor das Lehngericht, arg. Conc. II. 22. 2. verglichen mit Conc. II. 7. woferne ſich der Streit nicht zugleich auf den Lehnscontract bezieht, indem das kein Lehnsſtreit iſt, wobey nicht ein Lehnſtück oder eine Lehnsverbindlichkeit in Frage iſt. ROSENTHAL de feudis c. 12. concl. 2. n. 4. et conel. 12. n. 70. u. f.

g) I. F. 18. II. F. 34.

h) Der Urſprung dieſes Gerichts iſt darinn zu ſuchen, daß in den ältern Zeiten der Richter mit dem, worüber er richten ſollte, von gleichem Stande ſeyn muſte, I. F. Alem. c. 18. §. 1. Es werden wenigſtens 12 gleiche [pares] erfordert. I. F. Sax. c. 45. Reichsabſchied von 1466. §. 11.

i) Struben im Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen S. 151. und der daſelbſt angeführte Ludovici in der Einleitung zum Lehnsproceß c. 1. §. 62. u. f. Struben rechtliche Bedenken Th. III. Bed. 88. In der Herzoglich Braunſchw. Hofgerichtsordn. ſind die Lehnsſachen der Canzley beygeleget. DE PVFEND. T. I. obſ. 51. behauptet, daß da, wo keine beſondere Verordnung eintrete, die Hofgerichte ſo gut als die Canzleyen über Lehnsſachen urtheilen könnten.

*ii*) Concept II. 7. BOEHMER princ. iur. feud. §. 474. und in Ansehung der Reichsvicarien §. 475.

*k*) KAYSER am angef. Orte §. 16. Hierher gehöret auch wenn der Lehnsherr vor dem bürgerlichen Richter klaget.

*l*) Struben Th. 3. Bed. 88.

*m*) II. F. 15. u. 34. pr.

*n*) KAYSER am angef. Orte §. 39. am Ende. Aus dem nehmlichen Grunde kann auch keine Lehnssache durch eine Nachklage vor den bürgerlichen Richter gebracht werden.

*) I. F. 22. §. sancimus. I. F. Alem. c. 18., I. F. Sax. art. 70. ROSENTHAL de feudis c. 12. concl. 20. n. 3. Dies wird aber von andern verworfen, und die Berufung ohne Unterschied den Obergerichten des Landes vindiciret, Struben rechtliche Bedenken Th. 1. Bed. 113., welches in hiesigen Landen keinen Zweifel leidet.

*o*) G. L. BOEMER l. c. §. 381. Struben am angef. Orte Bed. 114.

*p*) Wahlcapitulation Carls VII. und Franz. I. §. 21.

*q*) BOEHMER l. c. §. 382., KAYSER l. c. §. 16., II. F. 16.

*r*) BOEHMER l. c. §. 384.

*s*) I. F. 22., BOEHMER l. c. §. 379., KAYSER l. c. §. 56.

## §. 27.

h) Von der Forst- und Jagdgerichtsbarkeit.

Die Forstgerichtsbarkeit oder Forstbann und die Jagdgerichtsbarkeit oder Wildbann stehen dem Landesherrn in seinen Waldungen, ingleichen den Adelichen und Städten, die eine geschlossene Gerichtsbarkeit haben, der Regul nach, zu; nicht

Priva-

Privatpersonen, die sonst keine Gerichtsbarkeit haben, sie müsten sich denn desfalls in ruhigem Besize befinden. So findet man Beyspiele, daß Dorfschaften über ihre Gemeindeholzungen eine Art von Forstgerichtsbarkeit durch Bestrafung der Forstfrevel ausüben, und den Waldhammer führen. Zum Forstbann gehöret alles, was den Wald und dessen Boden angehet, und zum Wildbann, was das Wild und die Jagd betrift, da denn nicht selten Streitigkeiten entstehen, wenn dem einen der Wild-, dem andern der Forstbann zustehet, wem die Bestrafung des Auflesens der Baumfrüchte oder deren Abschlagung zustehe. Ich halte dies vor einen Forstfrevel. Kömt das Jagd-, oder Forstrecht selbst in Frage, so wird der Streit vor den ordentlichen Gerichten entschieden *a*). Oft haben die Oberförster die Untergerichtsbarkeit auch über Kohlenbrenner, Fuhrleute u. s. w. Die Märkergerichte und Holtinge beruhen auf besonderes Herkommen und Verfassung. Die herrschaftliche Forstgerichtsbarkeit wird durch die oberen Forstbediente mit Zuziehung der Beamten ausgeübet. Die Forstsachen in den königlichen Forsten gehören vor die Rentcammer. S. Forstordnung c. 6. §. 10. Klosterforstsachen aber vor die Regierung §. 11. Die Klosterämter aber haben nicht durchgängig die Forstgerichtsbarkeit. Instruction vor die Klosterförster §. 29. Alle Monath sollen die Oberförster und Förster an die Cammer von der Beschaffenheit der Forst Bericht erstatten, Forstordn. c. 2. §. 29. aber auch die Beamte alle Quartal besonders darüber berichten, und ohne Zuziehung der Forstbedienten die Forst zu besu-

chen berechtiget seyn, §. 40. Bey Forstfreveln ist das Amt der gehörige Richter, in dessen Bezirk und Forst der Frevel vorgefallen c. 4. §. 17. Dies von der Verfassung der Forstgerichte hiesiger Lande voraus erinnert, will ich den Gegenstand derselben anführen. Dieser betrift entweder den Forsthaushalt und Forstpolizey, oder die Forstfrevel. Von jedem soll besonders gehandelt werden. Zu dem Forsthaushalt und Polizey gehören folgende Gegenstände: a) Keine neue Waldwiesen oder Aecker sind anzulegen. Forstord. c. 4. §. 19. b) Die an die Forst stosenden Aecker und Wiesen sind richtig abzusteinigen, und deren Erweiterung zum Nachtheil der Forst zu verhüten §. 20. und 21. c) Schäfer und Hirten der Nachbaren durch Pfandungen abzuhalten, daß sie nicht über die Gränzen hüten und keine Gerechtigkeit daraus machen c. 6. §. 13. und 14. d) Vernichtete Gränzmähler müssen mit Zuziehung der Nachbaren erneuert werden c. 1. §. 7. und 8. e) Die Holzanweisungen müssen nur auf schriftlichen Cammerbefehl geschehen c. 3. §. 1., worauf die Beamte und Forstbediente auf der Amtstube am 15ten Septemb., Novemb., Januar und Febr. den Ort, wo solches anzuweisen, zum Protocoll bestimmen, und die abzuhauende Stämme mit der Mahlbarte, Waldhammer [welches eine Art von Stempel in der Form eines grosen Hammers ist] bezeichnen. Diese wird nach dem Gebrauche vom Förster versiegelt: vom Beamten aber auf dem Amthause aufbewahret, und die Anweisung protocolliret. Wenn das Holz gefället ist, so werden die gestempelte oder mit der Mahlbarte angeschla-

schlagene Bäume wieder besichtiget. Die forstmäßige Anweisung soll jedoch ohnentgeltlich auch bey Interessenten und der Hausleute eigenen Holzungen geschehen §. 18. 19. und c. 4. §. 10. 11. u. 12., imgleichen Patent vom 14ten April 1686. §. 2., woselbst zugleich um besserer Aufsicht willen verordnet wird, daß das Ausfahren des Holzes nur an bestimmten Tagen geschehen soll. f) Alles Brennholz muß in Klaftern gehauen werden c. 3. §. 2. 4. g) Wo bloses Unterholz vorhanden, mithin die Mahlbarte nicht zu gebrauchen stehet, sollen Reviere bestimmt und selbige nach Ruthenzahl ausgemessen werden §. 7. h) zuerst sind alte unfruchtbahre Bäume zu Gebäuden anzuweisen §. 15. i) Die Gebäude, worzu Holz verlanget wird, sind vorher zu besichtigen, und darauf zu sehen, daß das alte Holz wieder mit gebrauchet werde §. 17. k) Zum Brennen ist zuerst altes an der Erde liegendes Holz zu verwilligen §. 16. l) Die Waldung ist in Schläge zu vertheilen, und selbige so lange zu hägen, bis der junge Anflug mit seinen Gipfeln dem Viehe entwachsen ist §. 6. und c. 4. §. 9. c. 6. §. 5. Instruction der Klosterbeamten §. 14. m) Beamte und Forstbediente sollen übereinstimmende Register führen c. 6. §. 8. n) Alle Accidentien sollen die Forstbediente nicht von den Unterthanen erheben, sondern aus dem Register erhalten §. 9., und dies nicht ehender, bis sie dargethan, daß sie vor jeden ungehauenen Stamm harten Holzes 6 andere zugepflanzet haben §. 10. o) Durchaus sollen die Forsten so abgetrieben werden, wie es deren Ertrag leydet, damit es jezo und künftig nicht an Feurung fehle

§. 20. In dieser Absicht sollen p) vor jedem Orte Holzsaamenkämpe angeleget und gehörig befriediget werden c. 4. §. 1. q) Junge Heister sollen nicht anders ausgezogen werden, als wenn die Forstbediente und Beamte befinden, daß sie zu dick stehen. r) Die Mast soll gemeinschaftlich mit Zuziehung der ältesten Interessenten und ihrer Guthsherren auch nach den Ausschreiben vom 27ten Septemb. 1718. zweymahl mit Zuziehung beeydigter Achtsleute dergestalt, daß die Schweine wenigstens acht Wochen volle Nahrung haben, und feist werden können, in Anschlag gebracht, und wenn nur halbe oder Sprengmast vorhanden, die Anzahl der jedem zum Eintreiben zu verstattenden Schweine bestimmt werden. s) Die Mastberechtigten bezahlen kein Schreibegeld c. 5. §. 4. u. f. §. 13. Ausschreiben vom 27ten Septemb. 1718. t) Die Beamten und Forstbediente müssen da, wo die Mast verkauft wird, Gegenregister beym Brennen der Schweine führen §. 11. u) Kein Förster kann die Mast pachten, Verordnung vom 27ten August 1704., wohl aber der Haushaltsbeamte, jedoch nach Vorschrift der Verordnung vom 27ten März 1718. §. 5. und mit Rücksicht auf den Diensteid. x) Niemand ist erlaubt, nach Willkühr seine Schweine aus der Mast zu nehmen, damit ein jeder die rechten Schweine wieder bekomme, sondern die Zeit der Endigung der Mastbetreibung ist vom Oberforstmeister und Amtleuten zu bestimmen §. 12. y) Es soll weder Uebertrift [Vormast] noch Nachtmast Statt haben, sondern nach aufgehobener Mast jedem Berechtigten seine volle Deelzucht einzutreiben gestattet seyn §. 6. z) Niemand soll Schweine auser Landes

in

in die Mast thun, ehe und bevor die Mast im Lande nicht besezet ist. aa) Die Unterthanen in kleinen Städten und Dörfern [nicht aber der grossen Städte und geschlossenen Gerichte], welche keine eigene Mast haben, und doch in den herrschaftlichen Waldungen berechtiget sind, sollen ihre vor Geld in die Mast zu treibende Schweine nirgend anders, als in die herrschaftliche Forsten verdingen, bis selbige besezet sind, Verordnung vom 8ten Sept. 1712. Vom Deputatholze darf nichts verkaufet, oder auf andere Art an jemand anders überlassen werden c. 3. §. 4. Ein Ackermann soll jährlich 6, der Halbmeyer 4, der Grosköther 2, der Kleinköther 2, derjenige, dem Holz bewilliget wird, vor jeden gehauenen Stamm 3, und vom Amte statt eines gehauenen Stammes ebenfalls 3 Heister aus den angelegten Kämpen zupflanzen, und solches bey jedesmahligem Landgerichte bescheiniget werden. Patent vom 14ten April 1686. Wie die Windfälle zum Besten der Forsten, sowohl in herrschaftlichen als Privatwaldungen zu nuzen, davon siehe die Verordnungen und Tabellen vom 16ten Febr. 1715. und 9ten März 1716. Vieles von diesen zur Aufnahme der Waldungen heilsam verordneten Puncten ist ganz in Vergessenheit gekommen. Die Forstfrevel sind in unseren hiesigen Forstordnungen folgendergestalt bestimmet: 1) wenn ein Nachbahr vernichtete Gränzmähler nicht binnen 8 Tagen anzeiget, oder sich gar die umgefallene Gränz-Bäume anmaset c. 1. §. 7. 2) Die Bäume kreuzen [Baumrinde abschälen] Edict vom 23ten März 1735., die Borken klopfen oder sonst die Bäume verfehren; hierauf stehet Leibesstrafe §. 2. 3) So-

den-

denstechen, Heydenplaagenhauen unter den Bäumen §. 3. und Declaration vom 28ten May 1748., nach welcher das Sodenstechen überall sowohl in grosen Forsten als allen mit Unterholz bewachsenen Holzrevieren untersaget, das Heydemähen aber in den Zuschlägen erst alsdenn, wenn sie geöfnet werden, zustehen soll. 4) Heyde anstecken ohne Anzeige bey 50 Rthlr. und wenn dadurch unvorsichtig ein Holzbrand entstehet, noch höherer Geldstrafe §. 5. 6. 5) Heister abhauen oder ausreisen §. 12. 6) Unerlaubtes Mitnehmen der Barten und Aexte ins Holz §. 13. 7) Unerlaubtes Fahren durch die Waldungen, Ausschreiben vom 31ten März 1723. und 15ten April 1724. §. 14-16. 8) Leiterbäume, Rüst- und Nuzholz bey Gelegenheit der Abfuhre des Holzes hauen §. 17. 9) Keine Feldzäune von Holz zu machen, sondern das Weidenpflanzen zu befördern, Patent vom 14ten April 1686. §. 9. Cammerausschreiben vom 15ten May 1690., welches auf den Landgerichten zu documentiren §. 19-21. 10) Zu Gelagen keine Bäume zu Bänken oder Feuerstücken zu hauen §. 22. 11) Keine Kirchmeß- oder Fastelabendsbäume zu hauen §. 23. 12) Windbracken, Fall- und Pollholz der Herrschaft zu berechnen §. 24. 13). Stubenheizer sollen die Asche auf den Aemtern nicht erhalten. §. 25. 14) Kein Holzhauer oder Zimmermann soll Holz mit nach Hause nehmen §. 26. 15) Beamte und Forstbediente sollen nicht mit Holz, Kohlen, Brettern, Reif- oder Fadenholz und was dem anhängig, handeln. 16) Böse Wege sollen nicht ohne Noth mit Holz ausgebessert werden §. 28.

Das

Das zum Bauen angewiesene Holz soll auch dazu verbrauchet, weder verkaufet, noch anders wozu verwendet oder liegen gelassen werden §. 14., widrigenfalls solches als Forstwruge bestrafet werden soll, Ausschreiben vom 22ten März 1720. 17) In jungen Gehägen, vor Ablauf von 6 bis 7 Jahren nicht mit Sicheln zu grasen oder Laub zu streifeln c. 4. §. 8. c. 6. §. 7. Verordnung vom 12ten May 1740. wegen Verwüstung und Bestehlung der Göttingischen Forsten ist die Strafe des Gefängnisses von mehreren Tagen oder des Halseisens gesezet. 18) Auser denen Tagen, an welchen der Armuth vergönnet ist, Reiser und andere Holzabfälle, jedoch ohne Barten mitzunehmen, aufzulesen, sich in dem Holze mit dergleichen Auflesung nicht betreten zu lassen. Instruction vor die Klosterförster §. 30. In der besagten Verordnung vom 12ten März 1740. sind als Holzlesetage der Mittwochen und Sonnabend festgesezet, dagegen soll an diesen Tagen kein Holz ausgefahren werden. 19) Keine Ziegen in die Holzungen oder an lebendige Zäune zu weyden, ohne Aufsicht laufen zu lassen, oder anders als durch einen Hirten zu treiben c. 6. §. 6. Verordnung vom 28ten Febr. 1770. 20) Bey Mastzeiten keine fremde Schweine bey Verlust derselben zu seiner Deelzucht zu nehmen c. 5. §. 2. Verordnung vom 27ten August 1604. §. 3., auser wenn er keine eigene Schweine hat §. 3. 21) Wenn nicht volle Mast ist, keine mehrere als die nicht einen Vollhöfener, Halbhöfener, Köther u. s. w. festgesezte Zahl Schweine bey Verlust derselben einzutreiben §. 4. die Mastschweine sämmtlich zu

brens

brennen oder zu zeichnen, und an einem Tage durch einen Hirten einzutreiben §. 7.=10. 22) Niemand soll Mastfrüchte von den Bäumen schütteln oder schlagen, oder selbige in gemeinen Holzungen auflesen §. 9., 23) keine Schweine zu Herbstzeiten ohne Berechtigung in den Wald treiben §. 15.; wer aber auch berechtiget ist, vier Wochen in der Sezzeit des Wildbrets selbige nicht eintreiben, Patent vom 14ten April 1686.; 24) kein fremdes Vieh oder mehr als durch den Winter gebracht werden kann, bey Verlust desselben in den Wald zur Weyde von denen, die damit berechtiget, zu treiben, und den Hirten dem Forstamt zu präsentiren c. 6. §. 2. 3. 4. Bey allen Pfändungen sollen die Freveler nicht geschlagen oder beschädiget werden c. 4. §. 16., die Förster aber auch die Pfänder nicht vor sich zurückgeben. Instruction vor die Klosterförster §. 8. Beamte oder Forstbediente sollen die Freveler nach ihrem Nahmen, Wohnungsort, Betrage des Schadens bey den Aemtern angeben, welchen Anzeigenden die Pfandungsgebühr und der dritte Theil der Holzbrüche zugebilliget werden soll c. 3. §. 11. In der Verordnung vom 12ten März 1740. wegen Bestehlung und Verwüstung der Göttingischen Forsten, ist der erste Holzdiebstahl mit dem vierfachen Werth, der zweite mit dem Halseisen, und der dritte mit Karnschieben = oder Zuchthausstrafen auf einen Monath, oder nach Beträchtlichkeit des Schadens mit härterer Strafe beleget. 25) Wer Holz ohne Anweisung hauet, soll vor jeden Stamm 2 Rthl., vor jeden Heister 1 Rthl. entrichten. Patent vom 14ten April 1686.

Ver=

Verordnung vom 13ten Novemb. 1719. 26) Wer eines andern Baum in den Plantagen oder vor den Höfen ausreiſet, umhauet oder freventlich umfähret, ſoll 20 Rthlr. vor jeden Baum erlegen. Verordnung vom 21ten May 1695., und in der Verordnung vom 7ten April 1696. iſt die Strafe bis zum Pranger oder anderen ſchweren Leibesſtrafen erhöhet. 27) Maybäume ſowohl aus herrſchaftlichen als privat- Holzungen zu hauen iſt bey 10 Rthlr. Strafe verbothen. Verordnung vom 8ten Decemb. 1778. Ich habe es der Mühe werth geachtet, dieſen Auszug unſerer hieſigen Landesgeſeze, (obgleich dasjenige ſo die Forſt-Polizey betrift, nicht zur Lehre vom Proceß gehöret), hierher zu ſezen, welches vor Einländer nicht anders als von Nuzen ſeyn kann. Ein Ausländer muß ſich die Uebereinſtimmung oder Abweichung aus den Geſezen ſeines Vaterlandes bekannt machen.

*a*) Io. Iac. REINHARD tractatio de Iure foreſtali Germanor. Johann Jodocus Beck tract. de iure foreſtali, von der forſtlichen Obrigkeit, Forſtgerechtigkeit und Wildbann, und Klingners Supplementa zu der vierten Ausgabe 1767. DE PVFENDORF de iurisdict. Germ. P. III Sect. I. cap II. de iudiciis lignariis, Struben Th. I. Bed. 155. Th. II. Bed. 102. und 136. Th. III. Bed. 116. Th. IV. Bed. 36.

## §. 28.

### Von einigen Gattungen der Gerichtsbarkeit überhaupt.

Die Bergwerks- *a*) Salz- Handels- Admiraliäts- und Manufactur- Vogt- Häger- Meyerdingsgerichte, welches leztere Baurengerichte zu

seyn

seyn pflegen *b*), können hier blos dem Nahmen nach angeführet werden. Ihre näheren Bestimmungen muß man aus den Rechten der einzelnen Provinzen, wo man sie antrift, erlernen.

a) Auch die personal-Klagen, welche Bergsachen betreffen, gehören ohne Rücksicht auf die privilegirte persönliche Gerichtsbarkeit, vor das Bergamt. DE PVFEND. Animadvers. Iur. T. 1. n. 5.

b) Struben Th. V. Bed. 93. 119.

## §. 29.

### Von den Land- oder Wrogen-Rügegerichten.

Auf dem platten Lande pflegen jährlich allgemeine Landgerichte *a*) gehalten zu werden, die theils Polizey- und Oeconomiesachen, theils leichte Begünstigungen [Brüche, Wrogen] mehr auf eine tumultuarische als proceßmäsige Art untersuchen, und nach einer hergebrachten Bestimmung entscheiden *aa*). Der Adel ist diesen Landgerichten nicht unterworfen *b*), sondern der Gerichtsherr hält sie selber in seinem eigenen Gerichte. Die auf dem Landgerichte dictirte Strafen lassen, der Regul nach, keine ordentliche Appellationen zu, sondern werden rechtmäsig als Cammersachen angesehen *c*). Nur alsdenn, wenn die Aemter einem dritten durch Bestrafung auf den Landgerichten sein Recht zu nehmen, oder aus der Possession seines Rechts zu sezen suchen, oder wenn zwar bey der Bestrafung nichts zu erinneren, von einem dritten aber die Untersuchung und Strafen behauptet werden, so soll erstlich Vorstellung [ohne Zweifel an die königliche Cammer] und wenn diese ohne Frucht

gewe-

gewesen, sodann erst die Appellation zugelassen werden *d*). Ist es nun Polizeysache, so kann die Beschwerde nirgend anders als bey königlicher Geheimenrathstube angebracht werden. Ist es hingegen eine Justizsache, so hat doch keine andere als die ausergerichtliche Appellation Statt *e*); denn die Untersuchung, welche auf dem Landgerichte geschiehet, ist nicht processualisch, folglich kann der Ausspruch unmöglich Rechtskraft erlangen. Eben dieses tritt ein, wenn sich jemand durch die von einem adelichen Landgerichte auferlegte Wrogenstrafe beschwert erachtet, mit dem einzigen Unterschiede, daß die erste Vorstellung nicht bey königlicher Cammer, wie sich von selbst verstehet, sondern bey dem Gerichtsherrn selbst angebracht werden müsse. Wenn diese nichts fruchtet, so muß man sich höheren Orts beschweren.

*a*) Diese waren in vorigen Zeiten die ordentliche Gerichte auf dem Lande, und davon ist die Stelle der Calenbergischen Canzleyordnung Tit. 2. §. 3., der Calenbergischen Hofgerichtsordnung Tit. 25. am Ende, Landtagsabschied vom 11ten März 1650. §. Würde auch einige Parthey ꝛc., zu verstehen. Pufendorf im Proc. ciu. c. 1. S. 4. §. 4. hält Landgerichte und Wrogengerichte vor einerley, welche aber Struben Th. I. Bed. 29. wohl unterscheidet. Kopp von den geistlichen und civil-Gerichten im Hessischen Th. I. §. 238. S. 309.

*aa*) Kopp am angef. Orte giebt davon folgenden Abriß: daß 1) ein Verzeichnis der Mannschaft vom Landbereuter übergeben, und selbiges verlesen werde, [dies wird aber besser dem Rentregister nebst dem Viehstapel vorgesezet, wovon das Muster in meinen Grundsäzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen §. 13. nachzuse-

hen ist]. 2) Jeder muß sodann die festgesezte Anzahl Sperlingsköpfe an den Förstrr abliefern. 3) Die abgezogene Unterthanen werden eben so wie die Neuangezogene bemerket und vorgestellet [davon ist wenig Nuzen einzusehen. Es verstehet sich von selbst, daß die ausgewanderte Unterthanen das Abzugsgeld entrichtet haben, wenn dies der Fall war, und die neuen Ankömlinge vorhero geprüfet sind, ob sie aufzunehmen waren oder nicht]. 4) Werden die Rügen verlesen, die Straffälligen vernommen und die Strafen angesezet. Mit diesen pflegt es so gehalten zu werden. Was straffälliges von Wrugen, [nicht von anderen eine ordentliche Untersuchung erfordernden Verbrechen] vorgegangen ist, wird dem Richter von den Gerichtsunterbedienten angezeiget, und davon ein in Spalten eingetheiltes Verzeichnis, welches man das Wrugenregister zu nennen pfleget, verfertiget. Die erste Spalte enthält die Zahl der Wrogen. Die zweyte den Nahmen des Bruchfälligen Die dritte sein Vergehen mit deren wesentlichen Umständen. In die vierte wird seine Antwort und was vom Beweise oder eydlicher Reinigung vorgekommen ist, jedoch mit so wenig Worten, als möglich, niedergeschrieben z. B. Gestanden. Hat sich eydlich gereiniget. N. u. N. haben dessen Unschuld oder die Wahrheit der That bezeuget u. s. w. Gründet sich die Angabe blos auf den Eyd des Unterbedienten, so muß dem Angezeigten der Gegenbeweis frey gestellet werden. Ist selbst die Angabe zweifelhaft, so wird auch wohl der Reinigungseyd abgenommen. Beyläufig ist zu merken, daß eben so bey Forst- und Licentgerichten, in Ansehung der Forst- und Licentwrugen, zu Werke gegangen werde. Sind es aber Fälle von mehrerem Betrage, so kann man einem Beschuldigten, wenn er es verlanget, das umständlichere rechtliche Gehör nicht versagen. Sollte er auch mit Grunde anführen, daß der Fall nicht zum Wrugengerichte gehöre, sondern eine blos bürgerliche Sache wäre, so ist

er

er auch damit zu hören, und die Sache vor die ordentlichen Gerichte zu verweisen. In hiesigen Landen halten die königlichen Beamten vor dem Landgerichte ein sogenanntes Vorgerichte, worinn sie die Wrugen soviel möglich in Richtigkeit zu bringen sich bemühen Calenbergische Canzleyordnung Tit. 38. §. 11. Der Landgerichtscommissarius gehet alsdenn die Wrugen nochmahls durch und erhöhet, mindert oder erläſſet die Strafe. Die fünfte Spalte enthält die Geldstrafe, worinn der Bruchfällige vertheilet ist. Häufig machet die sechste Spalte die Denunciantengebühr aus. Die siebente ist der Schadensersezung, hauptsächlich wenn selbige nicht die Herrschaft sondern andere Unterthanen betroffen, gewidmet; denn ersteren Falls fließet alles in eine Casse, lezteren Falls muß die Schadensersezung nicht in die landesherrliche Casse fließen, sondern dem Beschädigten zu gute kommen. Die achte Spalte ist den Leibesstrafen gewidmet, wenn die Geldstrafen Unvermögens halber keine Statt finden. Statt der Strafe des Hundeloches sollte man Wege Grabenbesserung, Holzhauen u. d. g. gebrauchen. So nuzten selbige und wären der Gesundheit weniger nachtheilig. Diese durch Unterschrift beglaubigte Wrugenprotocolle werden alsdenn zur Belege der Einnahme von Strafen im Register beygeleget. 5) Fähret Kopp fort, werden die Aemter bestellet, als Gräben [ohne Zweifel von Graven die anderwärts Schultheisen, Heimberger heisen], Vorsteher, Bauermeister, Bierschmecker, Gelderheber, Schäzer, Stoppelheger, Holzhauer, Vormünder, Hebammen, Feuerherrn, Kastenmeister, Kirchenältesten und Nachtwächter. [diese müsten aber auch um die vorgefallene Mängel befraget und z. E. die Feuerinstrumente besichtiget und versüchet werden. In dieser Absicht muß auch hin und wieder ein jeder Hausvater seine Stallleuchten mitbringen, um selbige wegen der Feuersgefahr zu prüfen. Auch sollten billig die zweifelhafte Feuermängel in den

Häusern, die Abzugsgraben und andere nothwendige Gemeindewerke, Mühlenmängel, schadhafte Ufer und Wege untersuchet und besichtiget werden]. In hiesigen Landen müssen die Beamte zulezt abtreten, uud werden die Leute befraget, ob sie sich über jene zu beschweren Ursache haben, da denn auch diese Beschwerden untersuchet, und vom Landgerichtscommissarius abgeholfen oder der Cammer vorbehalten werden. 6) Der cörperliche Theil der Landgerichte bestehet am Ende in einem Schmause, womit die Teutschen alle ihre Verrichtungen zu beschließen pflegen, und merke nur an, daß hin nnd wieder die Unterthanen ein gewisses dazu zusammen bringen müssen. Das rühret aus dem Azungsrechte her, welches den Richtern zukam, und welches im Sachsenspiegel B. II. Art. 12. auf drey Gerichte eingeschänket ist. Kopp am angef. Orte Th. I. §. 240. S. 314 führet eine Stelle aus der Beylage n. 74. an, nach welcher den Grafen von Ziegenhayn auser Futterung vor 12 oder 24 Pferde 18 Schillinge verwilliget, welche dem Amtmann gegeben werden sollen, um davon das Mahl zu bestreiten. Leztere reichen jezo kaum hin einen Domestiquen der Landgerichts-Commissarien zu füttern. In der Erläuter. der Amtsordnung von 1683. §. 5. sind 18 Gr. nebst dem Wein vor die Herrentafel, und 3 gute Groschen. vor Speise und Trank eines Domestiquen angesezet. Ich begnüge mich diesen Begrif von Landgerichtssachen gegeben zu haben. Ein jeder muß sich in seinem Lande darum bekümmern, was. es mit den Landgerichten vor eine Bewandniß habe, da denn die Uebereinstimmungen, Abweichungen oder Zusäze leicht zu bemerken seyn werden. Billig sollten auch die Vormundschafts-Sachen, der Depositenkasten und Amtsregistratur bey jedesmahligem Landgerichte soweit controliret werden, damit diesfalls alles in Ordnung erhalten werde. Ob die Sacheu gehörig betrieben, die Sportulordnung beobachtet,

den

den Unterthanen mit unverdienter Härte begegnet werde, wäre immer einer Nachfrage werth.

b) Struben Th. I. Bed. 177. §. 7.

c) Reglement von denen Sachen die zur königlichen Cammer gehören vom 19ten Oct. 1719. §. Als auch bishero, im Corp. Const. Cal. T. V. p. 3.

d) Ebendaselbst.

e) Es ist daher irrig, wenn DVILL in der Diss. de iud. censoriis §. 11. u. f. alle Rechtsmittel zulässet, welche sonst wider Urtheile gebrauchet werden können.

---

# Viertes Hauptstück

## von

# dem Gerichtsstande überhaupt [competentia iudicis].

## §. 30.

### Von der unabwendlichen Unstatthaftigkeit [incompetentia absoluta].

Soll eine Sache rechtsbeständig gerichtlich ausgeführet werden, so muß es an der Befugnis, richterliche Gewalt auszuüben, nicht fehlen [§. 15.] Hat einer zwar bey seinem Guthe, oder vermöge seines Amtes, oder besonderen Auftrages, die Gerichtsbarkeit, übet sie aber entweder auserhalb den Gränzen seines Bezirkes, oder in anderen Sachen und Fällen, als worüber er allgemeinen oder besonderen Auftrag hat, aus, so ist er als

ein Privatmann anzusehen *a*), und alles, was von einem unfähigen oder ganz offenbahr unstatthaften Richter vorgenommen wird, ist unheilbahr nichtig *b*). Auch der Oberrichter, welcher sich in Sachen, die offenbahr vor den Unterrichter gehören, mischet, ohne daß die Sache rechtmäsig an ihn gelanget ist, überschreitet auf unheilbahr nichtige Art die eingeschränkten Gränzen seiner Gerichtsbarkeit *c*). Nur in mehreren Landen ist dieser Misbrauch eingeführet, daß der Oberrichter nach Belieben Acten einfordert.

*a*) L. fin. D. de iurisd. (II. 1.), L. 61. §. 1. D. de iud. (V. 1.) L. 239. §. 8. de V. S. L. 53. C. de decurion. (X. 31.). Nur im äuersten Nothfalle erlaubet das päbstliche Recht in einem andern Gerichtssprengel mit Vergünstigung des dasigen Richters Gericht zu halten, wenn der Bischof sich wegen der Friedensstöhrer aus seinem Sprengel begeben müste. Clem. quamuis de foro comp. (II. 2.). Allein von diesem besondern Falle, welcher sich auf Stöhrung des öffentlichen Friedens gründet, kann auf andere Fälle nicht geschlossen werden. In eyligen Fällen wird nicht genau auf die Statthaftigkeit des Gerichtsstandes gesehen. GAIL. L. 1. Obs. 16. n. 7. Lib. 2. obs. 130. n. 6.

*b*) L. fin. D. cit., L. 1. §. 2. D. quod. quisque iur. (II. 2.), L. 53. §. 3. D. de re iud. (XLII. 1.), L. 1-4. C. si a non comp. iud. (VII. 48.), L. 6. C. de execut. rei iud. (VII. 53.) Reichsabschied von 1654. §. 122., c. 3. X. de consuet. (I. 4.) c. 29. X. de off. & pot. iud. del. (I. 19.), c. 4. X. de iud. (II. 1.) c. 26. de R. I. in 6.

*c*) arg. L. 6. §. 2. D. de off. Proc. (I. 16.) Reichsabschied von 1654. §. 119. Concept II. 31. pr. und III. 38. 1. Visitationsabschied von 1713. §. 19. Ganz recht wird im L. 23. C. de testam. (VI. 23.) gesaget:

gesaget: absurdum enim est, si promiscuis actibus rerum turbentur officia, & aliis creditum aliis subtrahat.

## §. 31.

### Von der Erstreckung der Gerichtsbarkeit [prorogatio Iurisdictionis].

Fehlet es dem Richter nicht an der Gattung der Gerichtsbarkeit, in welche die Sache einschläget, es gehöret aber nur die gegenwärtige Untersuchung entweder nach der Lage der Sache, oder nach der Person des Beklagten nicht vor ihn *a*), sondern vor einen anderen Richter, so kann diese Unstatthaftigkeit des Gerichtsstandes entweder durch eine ausdrückliche Erklährung: sich vor diesem Richter stellen zu wollen, oder stillschweigend: durch wissentliche Angehung eines unstatthaften Richters *b*); durch Fristgesuche; durch vorgebrachte Einreden; durch Einlassung auf die Klage, ohne die Einrede der Unstatthaftigkeit des Gerichtsstandes entgegen gesezet zu haben, gehoben werden *c*). Nur muß der Beklagte nicht aus offenbahrem Irrthume den Richter vor competent gehalten, sondern es gewust haben, daß er sich vor einem incompetenten Richter einlasse. Auf einen Commissarius kann die Gerichtsbarbarkeit von den Partheyen nicht erstrecket werden *d*), und aus gleicher Ursache auch nicht in solchen Fällen, da eine besondere Ursache vorhanden ist, warum gewissen Sachen ein besonderer Gerichtsstand angewiesen ist, z. E. den Soldaten *e*), Manufactur- Commerzsachen. Nur muß die Sache bey keinem Richter angebracht werden, welcher ganz unfähig

ist, oder die Gattung von Gerichtsbarkeit gar nicht hat; denn hier hilft die Erstreckung der Partheyen nichts *f*). Es kann sich auch der Unterthan eines Landesherrn den Gerichten eines andern Landesherrn unterwerfen, wenn solches blos in einzelnen Sachen geschiehet, und der auswärtige Richter in seinem Gerichtssprengel angegangen wird *g*). Es müste denn seyn, daß ein Gesez oder Herkommen die Erstreckung auf einen ausländischen Richter untersaget *h*). Nur der Beklagte kann durch Prorogation die Sache vor einen anderen Richter bringen, nicht der Kläger, wenn auch gleich der ordentliche Richter darinn willigte; denn nur derjenigen Befugnis kann einer entsagen, die ihn, nicht der, die einen anderen betrift *i*). Dies erläutert folgendes Beyspiel. Die Stände des Bisthums Basel belangten die Einwohner des Münsterthals bey den bischöflichen Gerichten, daß dieselben bisher nur den 14ten Theil zu den Reichssteuren entrichteten, gleichwohl den 7ten Theil des Landes ausmachten, folglich zu allen sowohl Reichs- als Landessteuren anderen Unterthanen gleich beytragen müsten. —— —— Das Münsterthal war in älteren Zeiten vom Canton Bern in einem Kriege mit Basel eingenommen, durch den Frieden zurückgeben, jedoch in das Bernische Bürgerrecht aufgenommen, und sollten ihnen ihre Auflagen nicht erhöhet werden. Im 17ten Jahrhundert war unter dem Bernischen Beytritt mit dem Bischof verglichen, daß da sie bisher etwa den 23ten Theil an Reichssteuren beygetragen, sie nun den 14ten Theil beytragen sollten und wollten, jedoch

blos

blos von den auf dem Reichstage gehörig bewilligten Steuren. So war bisher die Sache geblieben und die Stände hatten diesen Vergleich zu zu dem sie nicht ausdrücklich zugezogen waren, durch die Annahme des 14ten Theils stillschweigend genehmigt. — — Die Stände stellten dem Bischof vor, daß wenn er damit zufrieden wäre, so wollten sie lieber die Sache an den R. H. Rath bringen. Der Bischof bewilligte dieses. Nun liesen sie jene Klage liegen und klagten bey dem R. H. Rath. Dieser wies sie zurück, weil die Bekl. Münsterthaler nicht darinn gewilliget hätten. Ueberdem verhinderte dieses auch die Litispendenz. (§. 43. n. 4.).

a) L. 1. D. si quis in ius voc. non iv. (II. 5.), L. pen. C. de pactis (II. 3.).

b) L. 15. D. de iurisd. (II. 1.), L. 5. D. ratam rem haberi (XLVI. 8.), L. 116. §. 2. de R. I.

c) L. 14. D. de iurisd. (II. 1.), L. 1. 4. C. ibid. (III. 1.), L. 1. 2. pr. L. 30. 33. 80. D. de iud. (V. 1.). Im L. 18. D. de iurisdict. ist verordnet: daß wenn die Partheyen sich wegen eines Richters vereinbahret hätten, sie dennoch, ehe die Sache anhängig gemachet worden, davon wieder abgehen könnten. Allein dies ist vom Justinian im L. 29. C. de pactis (II. 3.) geändert, und streitet mit der heutigen allgemeinen Verbindlichkeit der Verträge. Nur den geistlichen Personen ist es schlechterdings untersaget, sich vor einem weltlichen Richter einzulassen c. 12. 18. X. de foro compet., welches aber, das dies ein der römischen Hierarchie eigener Saz ist, auf die protestantischen Geistlichen keine Anwendung findet.

d) c. 40. X. de off. & pot. Iud deleg. (I. 29.).

e) L. 5. §. 1. C. de iurisd. omn. iud. (III. 13.), L. 2. C. si a non comp. iud. (VII. 48.).

f) L. 3. C. de Iurisd. L. 2. §. 2. L. 61. §. 1. L. 74. §. 1. D. de iud. L. 28. D. ad municip. (L. 1.). ZIEGLER Dicaſtice concl. XI. §. 8. GONZALEZ TELLEZ ad c. 3. X. de donat. int. vir. & ux. n. 2.

g) L. 3. D. de off. praef. L. vlt. D. de off. praef. Vrbi L. 4. §. vlt. D. de off. proconſ.

h) STRYK in Vſ. mod. tit. de Iurisdict. §. 23. HERTII D. de ſuperiorit. territ. § 23. CRAMER de Iurisdict. prorogata §. 63. Die Erſtreckung auſerhalb Landes läugnen aber: SCHILTER in praxi iur. rom. Ex. 6. §. 23. GAIL Lib. I. obſ. 50. n. 5. GRIEBNER de praeiud. ſtat. imp. ex. I. rom. c. 3. §. 7. Ja es will VOETIVS in Comment. ad D. tit. de Iurisdict. §. 15. nebſt denen ſo er daſelbſt anführet, daß ſogar ein jeder Gerichtsherr in die Erſtreckung willigen ſolle, welcher Meynung aber Rechtsgründe und Gerichtsbrauch widerſprechen.

i) VOETIVS in Comment. ad. D. tit. de Iurisd. §. 23.

## §. 32.

### Von den allgemeinen Gerichtsſtänden, 1) in Anſehung des Geburtsortes [forum originis], 2) des Wohnungsortes [domicilium], 3) der Fremden.

Bey perſönlichen Klagen iſt vorläufig allgemein zu bemerken, daß der Kläger, wes Standes und Würden er ſey, in demjenigen Gerichte klagen müſſe, unter welchem der Beklagte ſtehet *a*). Was in dem römiſchen Rechte von der Befugnis, einen jeden Bürger in Rom belangen zu können, und daß blos die Abgeſchickte, und welche ſonſt in gerichtlichen Geſchäften nur gelegentlich daſelbſt ſich aufhielten, verlangen konnten, daß die Klage an ihrem ordentlichen Wohnungs-

nungsorte angebracht werde, wenn nur nicht Rom als der Ort des Contracts angesehen werden muste *b*), dies alles findet heut zu Tage gar keine Anwendung. Gleichergestalt ist von den umständlichen Verordnungen *c*) kein Gebrauch übrig, welche wegen des Gerichtsstandes am Geburtsorte [forum originis] vorhanden sind, außer wenn jemand weder Wohnungsort hat, noch irgendwo anzutreffen stehet, sondern herumschweifet, alsdenn kann man ihn blos an seinem Geburtsorte belangen, und wenn er auch da nicht anzutreffen ist, ihn öffentlich vorladen lassen *d*). An dem Wohnungsorte können, der Regul nach, alle Klagen, sowohl persönliche als dingliche, angebracht werden *e*); denn dieses ist ein allgemeiner Gerichtsstand. Nur die auf den Besiz gehende Rechtsmittel erforderen schlechterdings den Richter, unter welchem die Sachen selbst gelegen sind *f*). Der Wohnungsort ist heut zu Tage in denen Orten weniger zweifelhaft, wo alle Einwohner in genaue Verzeichnisse gebracht und unter die Abgaben gezogen werden *ff*), es müste denn das Bürgerrecht einer Stadt blos in Absicht unbeweglicher Güter erworben seyn. Wo aber der Wohnungsort nicht so augenscheinlich bestimt ist, da komt es 1) auf die würkliche Wohnung, und 2) auf die Absicht und Meynung, seinen Wohnsiz daselbst aufzuschlagen, an *g*), welche leztere entweder durch ausdrückliche Erklährung oder stillschweigend, durch die That selbst, an den Tag geleget wird. Lezteres geschiehet z. E. dadurch, wenn jemand mit Sack und Pack an einen anderen Ort ziehet, wenigstens den grösten Theil seiner Güter, seine Briefschaften [so

würde

würde der Ausdruck des L. 203. de V. S. tabulae nach heutiger Verfassung zu übersezen seyn] an einen Ort bringen lässet, um daselbst zu wohnen u. d. g. mehr, so von dem vernünftigen Ermessen des Richters abhänget *h*). Es kann also jemand an mehreren Orten seinen Wohnsiz haben *i*). Alsdann stehet dem Kläger die Wahl zu, den Beklagten an dem einen oder anderen Orte zu belangen *k*), wenn gleich der Beklagte zur Zeit der ihm zuzustellenden Ladung den anderen Wohnungsort würklich bezogen hat, woferne man nur nicht Schwierigkeiten bey der Zustellung der Ladung zu besorgen hat. Ein Verbanneter ändert seinen Wohnsiz aus Nothwendigkeit, er behält jedoch seinen vorigen Wohnsiz ebenfalls noch bey *l*). Die Veränderung des Wohnortes stehet, der Regul nach, einem jeden frey *ll*), nur muß solches nicht schaarenweise *m*), und nicht in der Absicht geschehen, um Verordnungen, z. E. aufgelegten Steuren, dadurch zu entgehen *n*) oder einen dritten an seinem Rechte zu kränken, z. E. ein Vater oder Mutter, welcher zur anderen Ehe schreiten will, gehet blos in der erweislichen Absicht in ein anderes Land, wo die Gemeinschaft der Güther so allgemein eingeführet ist, daß auf den Rückfall der von dem zuerst verstorbenen Ehegatten herrührenden Güther an die Kinder erster Ehe nicht gesehen wird, und vollziehet daselbst die Ehe, um die Kinder erster Ehe um das Eigenthum zu bringen *nn*). Die Ehefrau muß dem Manne, wenn gleich ein anderes in dem Ehevertrage festgesezet wäre, in seinen Wohnungsort folgen *o*). Allein daß sie ihm auch in das Elend folgen müsse, ist nicht zu behaup-

haupten *p*). Der Erbe tritt nicht anders in den Gerichtsstand seines Erblassers, als wenn dieser an einem Orte einen Contract geschlossen oder mit selbigem die Sache schon rechtshängig geworden ist *q*). Der Regul nach stehen die Juden unter der ordentlichen Obrigkeit, und nur alsdenn, wenn sie in den Schuzbriefen ausdrücklich den herrschaftlichen Aemtern oder landesherrlichen Vögten, Gerichtsschulzen in den Städten unterworfen werden, oder durch Recesse und Herkommen bereits unterworfen sind, leydet dies eine Ausnahme *r*). Die Fremden und Durchreisenden, in soferne es nicht Fürsten oder Gesandten sind, werden wegen der Verbrechen, Contracte, und gesuchter Arreste an dem Ort, wo sie etwas verbrochen, einen Vortrag geschlossen, oder wo sie sich vor ihre Person oder ihre Sachen befinden, belanget. Allein es sind die Fremden häufig blos den landesherrlichen Vögten, Gerichtsschulzen, oder besonderen Gastgerichten unterworfen, weil sie nur so lange Unterthanen des Landesherrn sind, als sie sich in seinem Lande aufhalten *s*).

*a*) c. 5. 8. X. de foro compet. L. 2. C. de Iurisd. omn. iud. (III. 13.), L. vlt. C. vbi in rem actio (III. 19.).

*b*) L. 17. D. de statu hom. (l. 5.), L. 33. D. ad municip. (L. 1.), L. vlt. D. de interd. & releg. (XLVIII. 22.), L. 6. §. 11. D. de excus. (XXVII. 1.), L. 3. §. 5. seq., L. 8. 19. pr. L. 24. 27. D. de iud. (V. 1.).

*c*) L. 11. D. de Senat. (l. 9.) L. 1. §. 1. 2. L. 6. 22. 23. 27. 29. D. ad munic. (L. 1.), L. 3. 4. vlt. C. de municip. (X. 38.), L. 7. C. de incol. (X. 39.), L. vn. C. vbi pet. tut. (V. 32.).

*d*) Stryk

*d*) STRYK Vſ. Mod. Lib. V. T. I. §. 17. 18. Irrig hält Wernher in Diſſ. de continentia cauſarum §. 14. davor, daß der Oberrichter die öffentliche Ladung ergehen laſſen müſſe. Nur muß man ſich hüten, keine Klage anzuſtellen, wenn es ganz an Mitteln fehlet, worinn die Hülfe zu vollſtrecken iſt [obiectis execut]. Daß Kinder, die noch in väterlicher Gewalt ſtehen, und keinen eigenen Heerd haben, an dem Geburtsorte belanget werden können, muß nicht aus dieſem Gerichtsſtande hergeleitet werden, ſonſt ſtöſet man bey befreyeten Gerichtsſtänden des Vaters an (§. 34.).

*e*) L. 19. §. fin. D. de iurisd. (II. 1.), L. 2. C. ibid. (III. 13.), L. vn. C. vbi de hered. (III. 20.). Dieſe Geſeze des Codex ändern allenfalls dasjenige, was im L. 38. 50. D. de iud. enthalten iſt. ZANGER de except. P. 2. C. I. n. 343. u. f. iſt der gegentheiligen Meynung. VOETIVS in Comment. ad D. tit. de iud. §. 77., wo er die Vertheydiger beyder Meynung anführet, nimmt eine dritte Meynung an, und hält davor, die beweglichen Sachen könnten in den perſönlichen Gerichten des Beklagten eingeklaget werden; die unbeweglichen Güther aber müſten nothwendig in dem Gerichte eingeklaget werden, wo ſie belegen ſeyen; allein dies ſind alles gezwungene Auslegungen. Die Geſeze in den Pandecten ſind klar, die Geſeze des Codex auch; alſo müſſen die neueren vorgehen. Der Gerichtsgebrauch läſſet die dinglichen Klagen an dem Wohnungsorte zu. DE PVFENDORF T. I. obſ. 113. LEYSER ſpec. 72. med. 9. Allein es iſt nicht rathſam, hier zu klagen, am wenigſten wenn die Sache auſer Landes belegen iſt. Gehen Neuerungen vor, oder ſoll die Hülfe vollſtrecket werden, ſo muß der Richter erſuchet werden, unter welchem die Sache gelegen iſt, und hier verſaget oft der auswärtige Richter die Rechtshülfe, oder machet ſie wenigſtens ſchwer und koſtbahr. S. §. 36. Note *m*.

*f*) L. vn. C. vbi de poſſ. (III. 16). L. vn. C. vbi de hered. (III. 20.) de PVFENDORF T. III. obſ. 156.

läſſet

läſſet alsdenn, wenn die Sachen unter mehreren Richtern belegen ſind, entweder den Richter, unter welchem der Beklagte vor ſeine Perſon ſtehet, oder den gemeinſchaftlichen Oberrichter zu. Nach dem L. 66. §. vlt. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1.) muß da geklaget werden, wo die mehreſten Güther gelegen ſind, oder wo der Beklagte ſeine Wohnung hat, alſo auch in ſeinem perſönlich befreyeten Gerichtsſtande.

f) Der Unterſchied welcher im L. 1. pr. D. ad munic. gemachet wird, daß entweder Geburt oder Freylaſſung, oder Annehmung an Kindes Statt einen zum Bürger mache, hat heut zu Tage, in Anſehung der lezten Art, wenig Anwendung, weil ſie äuſerſt ſelten iſt, die zweyte iſt ganz ohne Anwendung. Dagegen iſt die Aufnahme in die Zahl der Bürger davor in die Stelle zu ſezen.

g) L. 17. §. 13., L 20. 22. §. 8., L. 23. 27. §. 2. D. ad munic., L. 2. 7. 8. C. de incol., L. 2. §. 3. L. 19. §. 1., L. 50. in fin. D. de iud., L. 1. D. de tut. & curat. dat. (XXVI. 5.), L. 39. in fine de condit. & demonſtrat. (XXXV. 1.), L. 5. §. 2. D. de iniur. (XLVII. 10.), L. 203. 239. §. 2. D. de V. S. L. 1. D. eum qui appellauit in prou. def. (XLIX. 11.).

h) L. 27. §. 1. D. ad munic., L. 2. C. vbi ſenat. vel clariſſ. (III. 24.), L. 7. C. de incol. (X. 39.). Nur ein Pächter verändert durch Antretung einer Pachtung ſeinen Wohnſiz nicht. Struben Th. IV. Bed. 75. Desgleichen behält ein Studioſus, welcher auf Univerſitäten ziehet, ſeinen Wohnungsort LEYSER Sp. 77. Med. 5. auſer wenn er 10. Jahr desfalls ſich an einem Ort aufgehalten hat. L. 2. C. de incolis (X. 39.). Derjenige iſt immer vor einen Unterthanen zu halten, welcher den Huldigungseyd ſchwören muß. Struben Th. II. Bed. 25.

i) L. 5. 6. §. pen., L. 27. §. 2. D. ad muni[illegible] L. pen. D. de Senat. (I. 9.).

k) arg.

*k*) arg. L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco (XIII. 4.).

*l*) L. 22. §. 3. L. 27. in fin. D. ad munic. Struben Th. II. Bed. 25.

*ll*) Instr. P. Osnabr. art. V. §. 37. R, A. von 1530. §. 60. und von 1555. §. 24. LEYSER Sp. 79. Med. 5. vertheydiget dieses mit vielem Affect. Struben Th. V Bed. 76. Ein anderes führet Riccius vom landsässigen Adel an. Th. II. c. 19. §. 42.

*m*) GROTIVS de I. B. & P. Lib. 2. c. 5. n. 24.

*n*) L. 34. D. ad municip.

*nn*) L. 38. D. de iud.

*o*) arg. L. 1. D. de ritu nupt. §. 1. (XXIII. 2.) §. 1. I. de patria potest. (I. 9.).

*p*) Vergeblich wird L. 22. §. 7. D. soluto matrim. angeführet (XXIV. 3). Es ist kein Zufall, sondern ein Verbrechen, folglich Vorsaz oder strafälliges Vergehen, wenn der Mann verwiesen wird L. 8. §. 2. C. de repud. (V. 17.). Man würde die Frau also mit strafen, die nichts verbrochen hat. Was gehöret aber vor eine Brust dazu dies zu thun!

*q*) Dies ist die einzige mögliche Erklährung des L. 19. pr. D. de iud. VOETIVS in Comment. ad Dig. tit. de iud. §. 102. Daher hält auch DE PVFENDORF T. III. obs. 156. den Gerichtsstand des Sterbehauses mit Recht vor eine Erdichtung, es sey dann, daß es eine noch nicht angetretene Erbschaft beträfe, als welche den verstorbenen vorstellet.

*r*) Struben Th. IV. Bed. 123.

*s*) BOEHMERI Ius publ. vniu. L. III. c. 1. §. 14. Kopp von den geistlichen und civil. Gerichten in Hessen Th. I. §. 308. u. f. und das von ihm angeführte c. 133. des Schwabenspiegels nach der Senkenbergischen Ausgabe. Meine Einleit. in die summar. Proc. §. 4. Note ff.

§. 33.

## §. 33.

### Vom Gerichtsstande der Gesandten.

Einige wollen die Gesandten schlechterdings der Gerichtsbarkeit des Regenten, an den sie geschicket sind, unterworfen *a*), andere schlechterdings davon ausgenommen wissen *b*). Die mittlere Meynung gehet dahin, daß bloß alsdenn, wenn der Gesandte Empörungen und Verrätherey en in dem Lande, wohin er geschicket worden, vorgenommen hat, er den Gerichten des Landes unterworfen sey *c*); imgleichen, daß er wegen der Contracte, so er schlieset, an dem Orte, wo dieselbe geschlossen worden, belanget und seine Sachen mit Arrest beschlagen werden können *d*). Auch die Bedienten der Gesandten stehen nicht weiter als die Gesandten selbst unter der Obrigkeit des Orts, wo sie sich aufhalten. Eine besondere Bewandnis hat es mit den Gesandten und deren Familie, welche auf den Reichstag geschicket sind. Diese sind der Gerichtsbarkeit des Vice-Marschalls Grafen von Pappenheim unterworfen *e*).

*a*) HEINR. DE COCCEII de legato sancto non impuni c. 2. §. 3. SAMVEL L. B. de COCCEII in GROTIO illustrato p. 404.

*b*) von Real Staatskunst T. V. p. 256. 266.

*c*) Freyherr von Pacassi vom Gesandschaftsrechte VIII. S. 193., welcher die vorigen anführet und widerleget. ZOUCHAEVS de legati delinquentis iudice competente. BYNCKERSHOECK de foro legator. tam in causa civ. quam crim. in opusc. var. argum. GROTIVS de I. B. & P. Lib. II. cap. 18. §. 4. GLAFEY Disquisitio I. nat. & Gent. de iusto

Gyllenborgii & Goerzii Sueciae legatorum in Britania & Belgio arresto. Diese Schriftsteller führet der Verfasser der Bemerkungen über einige Gegenstände des allgemeinen und positiven Völkerrechts, veranlaßt durch die neuerlichen zwischen Rußland und Schweden gewechselte Staatsschriften, in der Amalthea 1ten Jahrganges ersten Stücks an:

*d*) DE PVFENDORF T. IV. obs. 100. arg. L. 28. §. 4. D. de iud. (V. 1.).

*e*) STRYCK D. de foris Germ. singularibus c. 5. §. 9.

## §. 34.

### Von besonderen Gerichtsständen, a) vom Gerichtsstande des begangenen Verbrechens.

Bisher von dem allgemeinen Gerichtsstande. Die besondern treten nur unter gewissen Umständen, und dann doch nur in soweit ein, als nicht ein auf alle Klagen gehendes priuilegium de non evocando Statt findet, wie z. B. allen Churfürstlichen Unterthanen in der Goldenen Bulle c. XI. verliehen ist. Verbrechen werden da untersucht, wo sie begangen oder angefangen sind *a*), und wo die Verbrecher angetroffen werden, oder wo sie sich aufhalten *b*). Gegen die ersten Minister des Landesherrn kann nur mit landesherrlichem Consens ein peinlicher Proceß angestellet werden *c*). Die Untersuchung der Verbrechen, die von Reichsunmittelbaren begangen werden, gehöret vor den Reichshofrath. Nach römischen Gesezen wird bey dem Gerichtsstand des begangenen Verbrechens nicht auf einen privilegirten persönlichen Gerichtsstand gesehen *d*). Wenn aber vorher eine bürs-

stand

gerliche Sache zu erörtern ist, ehe die Frage von dem Verbrechen seyn kann, so ist diese in dem ordentlichen Gerichtsstande vorher auszumachen *e*).

*a*) c. 14. X. de foro competente, L. 1. C. vbi de crim. (III. 15.). Heutiges Tages sind die Richter gemeiniglich froh, wenn sie nur einen Verbrecher ausliefern können. Es ist auch dem römischen Rechte und der Absicht der Strafen gemäser, daß die Verbrechen da untersuchet und bestrafet werden, wo sie begangen sind. L. 1. C. de requirendis reis (IX. 40.), Auth. qua in prouincia C. vbi de crim., L. 1. C. vbi cauſſa ſtatus (III. 22.), L. 1. C. vbi Senat. (III. 24).

*b*) L. 2. C. vbi de crim.

*c*) L. 3. C. vbi Senat.

*d*) L. 24. §. 1. D. de iud., L. 1. C. vbi Senat.

*e*) LEYSER Sp. 74. Med. 2.

## §. 35.

### b) Vom Gerichtsstande der belegenen Sache.

Dieser Gerichtsstand wird begründet, wenn entweder 1) ein auf den Besiz gehendes Rechtsmittel *a*), oder 2) eine petitorische Realklage *b*), oder 3) eine actio in rem scripta angestellt, oder 4) um Verkümmerung einer Sache angesuchet wird. Die Lage der Sache ist nicht nur von unbeweglichen, sondern auch von beweglichen *c*) und lebendigen Sachen *d*) zu verstehen. Auf einen privilegirten Gerichtsstand des Besizers wird nicht gesehen *e*). Sind die Sachen an mehreren Oer-

tern zerstreut belegen, so ist, ohne auf eine grössere Schuldenlast, wohl aber auf eine andere vom Erben zu leistende Last zu sehen, da, wo der gröste Theil gelegen ist, so wohl die fideicommissarische Erbschafts-Klage, als die Klage auf die fideicommissarische Cautionsleistung, anzustellen *f*), wenn nicht der Erblasser einen andern Ort, wo das Fideicommiß heraus gegeben werden soll, ausdrücklich *g*) oder stillschweigend vorgeschrieben *h*); oder der Fideicommissarius darein gewilliget hat, daß es an einem andern Orte abgetreten werde *i*), oder die Ausflucht des nicht begründeten Gerichtsstandes nicht entgegen gesezet ist *k*), oder einzelne Sachen hinterlassen sind *l*). Nur bey Ritter- und Prälatengütern ist nicht auf den Ort, wo sie belegen, sondern auf diese Qualität zu sehen, wenn gleich solche Güter jezo von Bürgern oder Bauern besessen werden *ll*). In petitorischen Realklagen concurrirt der Gerichtsstand der belegnen Sache mit dem persönlichen Gerichtsstande *m*). Bey der Erbfolge in unbewegliche Güther wird gemeiniglich davor gehalten, daß dabey nicht die Rechte der Wohnung des Erblassers sondern der belegenen Güther gelten müssen, wovon de Pvfend. T. 1. obs. 28. weitläuftig handelt.

*a*) L. vn. C. vbi de poss. agi oporteat (III. 16.), L. vn. C. vbi de hered. (III. 20.) L. 12. §. 1. de reb. aut. iud. possid. (XLII. 5.).

*b*) tot. tit. C. vbi in rem actio (III. 19.).

*c*) L. 38. D. de iud.

*d*) L. 24. §. 2. D. de iud. Daß daselbst die Klage gegen den Legaten nicht gegeben wird, ist aus dem

dem nur kurze Zeit daurenden Amte desselben zu erklähren. Eine andere Ausnahme ist im L. 25. ibid., wenn der Legat während der Legation eine Sache erworben hat, die der Kläger einzuklagen sich vorgesetzt hat.

*e*) d. L. 24. §. 1. de iudiciis; DE PVFENDORF Introductio in Proc. civ. P. I. c. XI. §. 10. und die daselbst angeführte königliche Verordnung. Anders wird es in Hessen gehalten, welches der Analogie nicht gemäs ist. S. Kopp von geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. II. §. 226. S. 185. Wohl aber muß eine rechtmäsige allgemeine Begnadigung, daß Bürger nicht in andere Gerichte gefordert werden dürfen, beobachtet werden.

*f*) L. 50. pr. L. 52. §. 4. D. de iud., L. 1. C. vbi fideicomm. (III. 17.).

*g*) L. 50. pr. §. 1. D. de iud.

*h*) L. 52. §. 1. D. de iud.

*i*) L. 51. D. de iud.

*k*) L. 52. pr. D. de iud.

*l*) L. 52. §. 3. D. de iud.

*m*) Kopp von geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. II. §. 226. S. 185. RA. von 1438. Art. 2. §. 1. in der Samml. der RA. Th. I. S. 161.

*n*) L. 50. §. 2. D. de iud., L. 3. C. vbi in rem (III. 19.), L. vn. C. vbi de heredit. (III. 20.). Im L. 29. §. 4. D. de inoff. test. ist der Wohnungsort bey der Klage des pflichtwidrigen Testaments vorgeschrieben. L. 60. in f. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1.). Nach Kayser Albrecht II. Landfrieden von 1438. §. 5. nicht weniger in dem RA. von 1438. Art. 2. §. 1. Landfrieden von 1466. §. 8. in der Samml. der RA. Th. I. S. 155. 202. ist der Gerichtsstand der belegenen Sache schlechterdings festgesezet.

## §. 36.

### c) Vom Gerichtsstande eines geschlossenen Contracts und geführten Administration.

Wegen einer Vormundschaft, Pflegschaft, Führung der Geschäfte, oder wegen jeder andern Verwaltung wird die Klage da, wo jene geführet worden, oder wenn einer obrigkeitlich zu der Verwaltung bestellet worden, vor dieser Obrigkeit angestellt, wenn nur der Beklagte Güter daselbst besizt, oder daselbst angetroffen wird, ob er gleich seinen ordentlichen Aufenthalt allda nicht hat, oder einen befreyeten Gerichtsstand vor seine Person genieset *a*). Eben so verhält sich die Sache, wenn jemand an einem Orte contrahirt hat *b*). Der Ort des Contracts ist der, wo die Verbindlichkeit zur Vollkommenheit gediehen ist *c*). Bey Wiederforderung des Brautschazes aber wird nicht auf den Ort gesehen, wo die Ehepacten verfertiget sind, sondern auf den Wohnungsort oder den begünstigten Gerichtsstand des Ehemannes *d*). Auch der Ort, wo die Bezahlung geschehen soll *e*), machet den Ort des Contracts aus, und kann daselbst geklaget werden. Ist es ein Contract, welcher nothwendig schriftlich entworfen werden muß, so ist der Ort, wo die Unterschrift zum Stande gekommen, als der Ort des Contracts anzusehen *f*). Sind nun an dem Orte des geschlossenen Contracts mehrere Gerichte z. E. Magistrat, academische, militärische, Manufactur- Gerichte ꝛc. so sind nicht die leztere auf privilegirte Sachen und Personen gehende Gerichtsstände, sondern der ordentliche und allgemeine Richter des Orts, nähmlich der Magistrat,

anzu-

anzugehen. Was in dem angeführten L. 19. §. 2. D. de iud. vom Durchreisenden gesagt wird, findet nur alsdenn Statt, wenn der Gläubiger ihm Credit gegeben und gewust hat, daß er gleich wieder abreisen werde, denn in solchem Falle williget er stillschweigend darein, daß er den Durchreisenden an dem Orte seines gewöhnlichen Aufenthaltes belangen wolle. Auserdem kann er bey dem Richter, der den Fremden vorgesezt ist, einen real- oder personal-Arrest auswürken, und auf die Art einen Gerichtsstand begründen. Der Gerichtsstand des Contracts und des Aufenthalts stehen in der Wahl des Klägers *g*). Nur wird hier immer voraus gesezet, daß ein Contract gültig geschlossen sey, und nur auf dessen Erfüllung geklaget werde; denn ist das noch in Frage, ob ein Contract überall, oder ob er gültig geschlossen sey, und soll darauf geklaget werden, so kann, ohne eine petitionem principii zu begehen, nicht sofort bey dem Gerichte des geschlossen seyn sollenden Contracts, sondern es muß bey dem Gerichte geklaget werden, unter welchem der Beklagte eigentlich stehet *gg*). Wenn eine gewisse Zeit bestimmt, diese aber abgelaufen ist, so kann die Schuld an jedem Orte nebst dem Interesse des Orts gefordert werden *h*). Ob auch diejenigen Klagen, welche auf die Aufhebung des Contracts gehen, in diesem Gerichte angestellet werden können, ist eine sehr bestrittene Frage, welche einige allgemein behaupten *i*), andere durchgehends *k*), andere mit der Einschränkung verneinen, woferne nicht der Grund woraus die Aufhebung des Contracts behauptet wird, in den Worten des Contracts

selbst lieget z. E. in einem Vertrage, wodurch der Contract auf einen gewissen Fall aufgehoben wird. Ich halte die leztere Meynung vor die gegründete *l*).

*a*) c. I. §. 3. de foro compet. in 6., c. I. de priv. in 6. (V. 7), L. 54. §. 1. D. de proc. (III. 3.), L. 19. §. 1. 2. D. de iud. L. 45. ibid., L. 1. C. vbi de ratioc. (III. 21.). Die Kriegsrechnungen ausgenommen, die auch nach abgelegtem Kriegsdienst im Kriegsgerichte untersucht werden müssen L. 2. C. ibid. und hieraus, zusammen gehalten mit L. 45. pr. D. de iud., behauptet LEYSER Spec. 73. Med. 8. u. 9. mit Recht, daß wider Willen des Rechnungsführers in keinem andern Gerichte geklaget werden könne. Dies ist um so billiger, da bey diesem Gerichte die Administration am besten beurtheilet werden kann, oft schon Acten davon vorhanden sind, und eine Art von Connexität eintritt. Auch die dem Rechnungsführer aus seiner Verwaltung zustehende Klage auf Schadensersezung [contraria] gehöret vor eben das Gericht. LEYSER l. c. Coroll. 2. Nur kann nach päbstlichen Gesezen kein geistlicher Verwalter vor dem weltlichen Richter belanget werden. Concil. Trident. sess. 22. c. 9. Clem. quia contingit §. vt autem. de relig. dom. In protestantischen Gerichten fallen diese, blos auf päbstliche Lehrbegriffe gebauete Verordnungen hinweg.

*b*) L. 19. §. 2., L. 24. pr. L. 45. 65. D. de iud. L. 1. 2. 3. D. de reb. auct. iud. possid. (XLII. 5,), L. 6. D. de evict. XXI. 1.), Nov. 69. c. 1. §. 1., c. 2. §. 3. de foro compet. in 6. LEYSER Spec. 73. Med. 1. Nach dem angeführten L. 19. kann aber auch ein anderer Ort verabredet werden. Die einseitige Protestation des Beklagten hilft hingegen nichts.

*c*) L. 20. D. de iudic.

*d*) L. 65. D. de iudic.

e) L. 3. D. de reb. auct. iud. possid. (XLII. 5.) L. 21. D. de O. et A. (XLIV. 7.).

f) L. 17. C. de fide instrum.

g) L. 19. §. vlt. D. de iud., c. 17. X. de foro compet.

gg) LEYSER Spec. 73. Med. 2. behauptet, der abgeläugnete Contract gehöre zum künftigen Beweise; allein hier ist ja die Frage, wo soll die Sache und der Beweis angebracht werden? Dies kann ja nicht erst nach dem Beweise selbst, sondern muß als ein praeliminare iudicii jezo entschieden werden.

h) L. 43. D. de iud., L. vn. C. vbi conueniatur, qui certo loco dare promisit (III. 18).

i) BERGER Oecon iur. Lib. 4. tit. 4. th. 2. not. 2.

k) FRANZKIVS Lib. 3. var. resol. CARPZ. L. 2. Resp. 29. n. 10. seq. BARDILI D. de compet. fori rat. contr.

l) L. 43. et L. vn. cit. L. 2. C. vbi et apud quem (II. 47.). Die gegenseitige Meynung behauptet CARPZ. im Proc. Tit. III. art. 4. §. 1. n. 9. seq. weil im L. 14. §. 4. 6. de non num. pec. die querela n. n. p. welche doch auf die Aufhebung des Contracts ziele, in dem Gerichte, wo der Contract geschlossen, zugelassen werde, und nach L. 7. C. de i. i. restit. L. 58. D. de pactis in distractu eben das gelte, was in contractu Rechtens sey.

## §. 37.

### d) In wie weit die Regenten vor ihren eigenen Gerichten belanget werden können.

Es ist eine aus dem grauen Alterthume herrührende Gewohnheit, daß sich die Landesherrn

vor ihren eigenen Gerichten haben belangen lassen, wenn es nicht sowohl auf persönliche Forderungen, als vielmehr auf dingliche Rechte angekommen ist *a*). Die alleinherrschende Landesherrn können, wenn sie nicht freywillig ihren Gerichten oder einem schiedesrichterlichen Ausspruche unterwerfen, überall sich nicht besprochen werden. Der Kayser hat den Reichshofrath, in Sachen die ihn betreffen, von seinem Eyde entbunden, und blos den auf Handhabung der Gerechtigkeit geschworenen Eyd vor Augen zu haben anbefohlen *b*). Von den teutschen Reichsständen giebt Struben am angef. Orte die Ursache an, weil sie die Schwierigkeiten der Austrägalinstanz dadurch zu heben bemühet gewesen. In hiesigen Landen ist desfalls die billigste Vorsehung geschehen *c*). Von den hessischen Landen führet Herr Kopp von den geistlichen und civil, Gerichten in Hessen Th. II. §. 172. S. 141. eine fürstliche Resolution auf die ritterschaftlichen Gravamina vom 2ten Oct. 1655. und noch ältere Verordnungen an.

*a*) Struben von Regierungs- und Justizsachen §. 10. bis 12. hat hiervon mit gewöhnlicher Gelehrsamkeit die Beyspiele und Beweise gesammlet. Conc. II. 4. §. 1. Hess. O. A. G. O. Tit. 2. In der Historia et commentat. acad. electoralis scient. et elegant. lit. Theodoro-palat. Vol. IV. histor. sind S. 236. antiquit. iud. in caes. vom Regier. R. Wedekind zu Heidelberg aus dem speyerschen dohmcapitularischen Urkundenbuche statuta curie Nurenberg celebrate vom Jahr 1274. bekannt gemachet, aus welchen erhellet, daß der Pfalzgraf bey Rhein in Sachen, wobey der teutsche Kayser als Kläger auftreten muste, der rechtmäsige Richter gewesen ist. K. Rudolf

Rudolf hatte damahls gegen Ottocar von Böhmen und andere Reichsstände wegen entwedeten Reichslanden grose Beschwerden in welchen des Pfalzgrafen Richteramt von dem ganzen damahls gehaltenen Reichstage anerkannt wurde. Von dem Falle, wenn der Kayser Beklagter ist, saget die goldene Bulle c. 5. §. 3. Et quamuis Imperator sive Rex Romanorum super catisis, pro quibus impetitus fuerit, habeat, sicut ex consuetudine introductum dicitur, coram Comite Platino Reni... respondere: illud tamen iudicium Comes Palatinus ipse non alibi preterquam in Imperiali curia, vbi Imperator seu Romanorum Rex praesens extiterit, poterit exercere. Wendeborn im Zustand des Staats, der Religion, — — — in Gros-Britannien führet an: und im Monthly Review Sept. 87. wird es bestätiget: daß wenn jemand eine Forderung am König hat, so wird derselbe bey der court of Chancery belanget, while his Chancellor will administer right as a matter of grace, though not upon compulsion. Der König wird nicht in die Kosten verurtheilet, wenn Er verliehrt, Er bekommt sie aber auch nicht erstattet wenn Er gewinnet. The king can do no wrong, aber die Minister können belanget und zur Verantwortung gezogen werden, wenn etwas wider die Geseze begangen wird.

b) Reichshofrathsordnung Tit. I. §. 15. 17.

c) Oberappellat. Gerichtsordnung Prooem. §. und damit unsere Präsidenten ꝛc. und Immasen dann solch *iudicium &c.*

## §. 38.

### c) Von dem Gerichtsstande des landsässigen Adels in persönlichen und dinglichen Streitigkeiten.

Die im Lande wohnende Edelleute haben in älteren Zeiten unter den von ihnen selbst mit besessenen

sessenen Landgerichten gestanden *a*), aus welchen die Hofgerichte entstanden sind *b*), wozu die Beysizer von den Landständen vorgeschlagen und unterhalten zu werden pflegen. Nachdem nun auch die Landesherrn, so wie der Kayser den Reichshofrath, häufig noch neben dem Hofgerichte eine Justizcanzley, Regierung, Regierungscanzley, wozu sie die Beysizer allein ernennen und bezahlen, eingeführet haben, und diesen gleichmäsige Gerichtsbarkeit beygeleget ist, so stehen die Edelleute unter dem einen oder anderen dieser Gerichte, worunter dem Kläger die Wahl zustehet *c*). Aber auch die im Lande belegene Güther sind theils amtssässig, theils schriftsässig; d. h., jene stehen unter der Stadt- oder Amtsobrigkeit worunter sie belegen, und die lezteren, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen, stehen unter den Canzleyen, Regierungen oder Hofgerichten *d*). Die ersteren sind solche Güther, welche nicht in dem ritterschaftlichen Matricul stehen, sondern, ob sie gleich jezo von Edelleuten besessen werden, dennoch von Bürgern oder Bauren herrühren *e*). Unter den schriftsässigen Güthern verstehet man die Ritterlehn oder auch Erbgüther, so dem ritterschaftlichen Matricul einverleibet sind. Nicht weniger sind in manchen Städten einzelne Häuser von der Gerichtsbarkeit des Magistrats ausgenommen, welche Freyhäuser genannt zu werden pflegen. Ferner sind alle landesherrliche Cammergüther, im vorzüglichsten Verstande, canzleysässige Güther, es müsten denn selbige ebenfalls von Bürgern oder Bauren als pflichtig angekaufet seyn. Nach diesem Unterschiede richtet sich der Gerichtsstand wegen der Lage der

Sache.

Sache. Wenn unmittelbare Reichsgüther auch mitten in einem Gebiethe eines teutschen Reichsfürsten liegen, so bleiben selbige eben sowohl als die selbige besizende reichsfreye Ritterschaft blos den Reichsgerichten unterworfen. Ein unmittelbarer Reichsadelicher aber, welcher sich in eines anderen Landesherrn Dienst begiebet, oder Lehngüther in einem geschlossenen Lande erwirbet, wie Riccius von Oesterreich, Böhmen, Schlesien, Lausiz, Bayern, der Ober- und Unterpfalz, Sachsen, der Mark Brandenburg *f*), Braunschweig-Lüneburg *g*) behauptet, der ist ein Unterthan, und stehet nicht allein in Ansehung dieser Güther, sondern auch in persönlichen Klagen, wenn er gleich auser Landes wohnet, unter den Obergerichten des Landes. In Sachsen und der Mark Brandenburg wird dies sogar auf diejenigen ausgedehnet, welche die gesammte Hand haben *h*). Uebrigens ist wohl zu merken, daß die Streitigkeiten über den Adelsstand überhaupt, und über die Stiftmäsigkeit desselben vor die höchsten Reichsgerichte, nicht blos vor den Reichshofrath gehören *i*).

*a*) Riccius vom landsässigen Adel H. XXIX. Scheid vom hohen und niederen Adel S. 121. Kopp von den geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. I. S. 269.

*b*) Strubens Nebenstunden Th. I. Abh. 3.

*c*) Die hierher gehörigen Stellen der besonderen Proceßordnungen sind in des Herrn von Selchows Iure Germ. L. I. c. 4. S. 2. Tit. 3. §. 257. nota 2. gesammlet. Ganderesh. Landtagsabsch. von 1601. Art. 40.

*d*) Strus

d) Struben Th. I. Bed. 50. Th. III. S. 521.

e) Hin und wieder giebt es amtssässige adeliche Güther. Riccius am angef. Orte c. 19. §. 9. u. f.

f) Riccius vom landsässigen Adel H. 19. §. 1. Zu den ungeschlossenen Landen und Reichskrayſen rechnet er den Fränkischen, Schwäbischen, Rheinischen, den Wetterauischen Krays und Elsas. Er machet aber mit Moser und Schilter den billigen Unterschied, ob sie ganze Dörfer und Höfe, oder nur einzelne Grundstücke in selbigen besäsen. Von ersteren sey die Unmittelbarkeit, von diesen aber die Mittelbarkeit zu vermuthen.

g) PUFENDORF Introd. in Proc. ciu. P. I. c. X. §. 31. scheinet dies von allen Churbraunschweigischen Ländern zu behaupten. Vom herzoglich Braunschweigischen aber weis er es nicht. Hingegen Struben Th. II. Bed. 25. schränket selbiges blos auf das Lüneburgische ein, und verneinet es von den übrigen Ländern.

h) Riccius am angef. Orte § 20. Nur wird die Lausiz, das Coburgische und Hennebergische ausgenommen, und gehet dies nicht auf der auser Lande wohnenden Mitbelehnten Kinder §. 22.

i) v. Cramer wezl. Nebenst. Th. 83. n. IV.

## §. 39.

### f) Von der Gerichtsbarkeit über die Hofleute.

Die Hof = Jagd = und Stallbedienten, die Capelle, Comödianten, Operisten, Hofärzte und Hof = Wundärzte, Hofhandwerker und Künstler, jedoch diese nur auf eine eingeschränkte Art, nähmlich blos in Dienstsachen oder Verbrechen, sind heut zu Tage nach der Regul dem Hofmarschallamte unterworfen a).

a) Mo:

a) Mosers Hofrecht T. I. L. 12. cap. 2. §. 1. 8. Riccius vom landsässigen Adel H. XXIX. §. 3. PUFENDORF Introd. in Proc. ciu. P. I. c. XI. §. 12.

## §. 40.

### g) Von dem befreyten Gerichtsstande der herrschaftlichen Bedienten und anderer canzleysässigen Personen.

Die herrschaftliche sowohl würkliche *a*) als titulair *b*) Bediente, nicht weniger die adeliche Gerichtshalter, Hausfekretaire, Informatoren und Französinnen stehen in persönlichen Klagen unter den Obergerichten, nähmlich den Justizcanzleyen, Hofgerichten oder Regierungen. Dieselben sind auch den Stadtstatuten nicht anders unterworfen, als wenn sie zugleich Bürger werden *c*). Verlassen sie ihre Dienste und veränderen ihren Wohnsiz, so verliehren sie dadurch ihren Gerichtsstand *cc*). Förster, Licenteinnehmer und weiter herunter gehende Licentbediente, stehen unter den Obrigkeiten, wo sie wohnen. Die Pächter der herrschaftlichen Vorwerke, welche nicht characterisiret sind, haben diesen befreyten Gerichtsstand nicht *d*). Von den Postbedienten stehen die Postmeister, Comtoirofficianten und die Postverwalter in den Städten unter der Canzley, die Posthalter auf dem Lande oder in amtssässigen Städten, ausgenommen in Post- und official-Sachen, welche bey der Königlichen Landes-Regierung anzubringen sind, unter der Ortsobrigkeit. Diese hat auch in Streitigkeiten der Passagiere mit den Postbedienten, wenn Gefahr bey dem Verzuge vorhanden, zu cognosciren *e*). Die Advocaten stehen unter der Obrigkeit des Orts, wo sie wohnen. In den

Sachen

Sachen aber, worinn sie bedienet, stehen sie wegen aller Verbidlichkeiten, welche daher erwachsen, wegen der Verbindung der Sachen, unter demjenigen Richter, bey welchem eine jede Sache geführet wird. Die angenommene Procuratoren sind demjenigen Gerichte, bey welchem sie angenommen sind, unterworfen. Auch die bey jedem Obergerichte in würklichen Diensten stehende Personen, vom obersten bis zum untersten, stehen unter selbigem. Nicht weniger ist unterweilen einem oder anderem, durch besondere Begnadigung, die Canzleysässigkeit beygeleget. Die protestantische mediat-Stifter stehen unter den Obergerichten *f*); die einzelnen Glieder derselben aber häufig unter den eigenen Stiftsgerichten, wenn diese selbigen zustehen *g*). Die Städte, woferne sie nicht amtssässig sind, und dies sind sie nur selten, stehen unter den Obergerichten. Die Magistratspersonen stehen unter dem Magistrat *h*), nur pflegen die Bürgermeister davon ausgenommen zu seyn, und ihren Gerichtsstand unter den Canzleyen zu haben *i*). Ein dimittirter herrschaftlicher Bedienter behält seinen Rang und Titul, nicht aber ein removirter oder cassirter *k*). Befreyte Personen sind an die statutarischen bürgerlichen Verordnungen nicht gebunden *l*).

*a*) Stryk D. de foro ministrorum Principis. Leyser spec. 79. med. 1., welcher L. vlt. C. vbi senat. (III. 24.), L. 4. C. de silent. (XII. 16.), L. 12. C. de prox. sacror. scrin. (XII. 19.), L. 4. C. de castrensianis (XII. 26.); jener aber über dem L. vn. C. si qua praed. pot. (V. 7.), L. 3. C. de praepos. sacri cub. (XII. 5.), L. 4. C. de praeposit. agent.

in

in reb. (XII. 20.), welcher aber nichts in sich enthält, L. 2. C. de decanis (XII. 27.). anführet. Mehr muß aber auf die Verfassung jeden Landes Rücksicht genommen werden.

*b*) STRYK l. c. §. 19. arg. L. 3. C. de silent., L. 3. §. 2. C. vbi senat. L. 2. C. vt dignit. ordo seruetur. (XII. 8). de PVFENDORF animaduers. Iur. T. I. n. 15. bestreitet dieses.

*c*) LEYSER spec. 79. med. 2. 4.

*cc*) BERGER E. D. F. P. 2. supplem. tit. 4. §. 19. p. 92.

*d*) Struben rechtliche Bedenken Th. V. Bed. 74. de CANNENGIESSER Decis. summi Trib. Cassel T. 1. Dec. 157. n. 5., welcher ein gleiches von Hessen bezeuget.

*e*) Declaration wegen des fori priuil. der Postbedienten vom 23ten Octob. 1771. Postordnung von 1755. Art. 17.

*f*) Calenbergische Landesordnungen Th. 1. S. 279. §. So nun unter 2c. In der Hessischen Samthofgerichtsordnung von 1673. Tit. 8. §. 2. werden Prälaten, die von Adel, Doctoren und andere privilegirte Personen vor canzleysässig erkläret.

*g*) BOEHMER I. E. P. L. III. Tit. 1. §. 39.

*h*) Hessische Untergerichtsordnung von 1732. Art 1. §. 2. Kopp l. c. Th. II. §. 227.

*i*) L. 13. §. 4. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1).

*k*) L. 17. D. de quaest., L. fin. D. de Decur. L. 2. 9. D. de Senat. L. 12. §. 2. D. de iud. BOEHMER Ius eccl. prot. L. V. Tit. 37. §. 128.

*l*) DE PVFEND. T. I. Obs. 27.

## §. 41.

### *h*) Von dem Gerichtsstande der mitleydswürdigen Personen [personae miserabiles].

Zu den mitleydswürdigen Personen werden gerechnet: Pupillen, Wittwen, mit anhaltenden schweren Krankheiten behaftete, durch Unglücksfälle herunter gekommene und andere arme Personen *a*). In hiesigen Landen werden nur arme Wittwen und Wayfen, am Leibe oder Gemüthe anhaltende Kranke, auch Taube und Stumme, zu den Personen gerechnet, welche des Mitleydens würdig sind *b*). Soviel deren befreyeten Gerichtsstand betrift, sind keine andere als die im Gesetze genannten Personen anzunehmen. Dieser befreyete Gerichtsstand wird bey dem Cammergerichte nicht weiter beobachtet, als daß die Austrägalinstanz hinwegfällt *c*), und dieser Personen Sachen vor anderen vorgenommen werden sollen *d*). In hiesigen Landen ist den preßhaften Personen untersaget, sich aus diesem Grunde an das Oberappellationsgericht zu wenden *e*). Rechtmäsig behauptet Leyser, daß geringfügige oder auch solche Sachen, die preshaften Personen von anderen übertragen sind, den befreyten Gerichtsstand nicht genieſen, damit der Gegentheil durch eine solche Uebertragung nicht benachtheiliget werde *f*). Daß diesem Gerichtsstande, wo er Statt findet, entsaget werden könne, leydet keinen vernünftigen Zweifel *g*).

*a*) L. vn. C. quando Imp. int. pup. (III. 14.). Dies Gesez ist unrecht verstanden. Die Kayser pflegten nicht allein in Sachen dieser mitleydswür-

würdigen Personen, sondern auch in mehreren anderen selbst die Untersuchung und Entscheidung vorzunehmen. Wenn dies nun geschehen war, so wurde nur zum Besten dieser preßhaften Personen geordnet, daß sie als Beklagte nicht sollten genöthiget seyn, dem kayserlichen Hofe zu folgen, sondern sie sollten in der Provinz bleiben. Begreiflich wären diese Kosten und Beschwerlichkeiten drückend vor sie gewesen. Dahingegen, wenn dergleichen Personen bey dem Kayser klagen wollten, so scheint selbiges nicht ohne Unterschied, sondern nur wenn sie die Macht ihres Gegners zu befürchten hatten, erlaubet gewesen zu seyn, und dann sollte der Beklagte vor dem Kayser erscheinen.

*b*) Oberappellationsgerichtsordnung P. II. Tit. 1. §. 12. n. 1.

*c*) Es ist hier von mittelbaren Personen die Rede, und diesen spricht GAIL Lib. 1. Obs. 1. n. 14. und LVDOLF de iure cam. S. I §. 2. n. 25. die Befugnis ab, sich sofort an das Cammergericht zu wenden. Bey unmittelbaren Personen bestehet der Vorzug nur in der Ausschliesung der Austrägalinstanz. S. vor allen Tafinger instit. iurisprud. cam. T. II. §. 464. (ed. 1776.). Cramer in wezl. Nebenst. Th. 2. n. vlt. behauptet, daß mittelbahre und unmittelbahre sich aus diesem Grunde an das C. G. wendeten. Nach der Reichshofrathsordnung Tit 2. §. 6. sollen zu Rettung der Bedrängten Commissionen erkannt werden, und es bezeuget DITTERICH de quat. praec. proc. iud. imp. aul. Tit. 2. §. 37. daß bey dem Reichshofrath blos bey unmittelbaren preshaften Personen die Austrägen ebenfalls wegfallen; mittelbare aber an ihre Obrigkeiten verwiesen würden. LEYSER Spec 78. med 1. widerspricht diesen allen; allein der Gerichtsbrauch ist seiner Meynung entgegen. Von Zungen Erörterung der Frage: ob die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in denjenigen Sachen, welche miserable Personen angehen, besonders über mittelbahre in der ersten Instanz gegründet sey.

*d*) Reichshofrathsordnung Tit. 4. §. 7 = 11. und DITTERICH l. c. Tit. I. §. 7. führet an, daß jedesmahl in der Christwoche die Armen-Sachen vorgetragen werden. Concept I. XI. 6. und I. XII. 3. imgleichen II. I. 2. In den Capitular. Caroli M. beym Baluzius T. I. p. 175. heiset es: Praecipimus vt quandocunque in mallum ante Comitem viduae pupilli et pauperes venerint, primo eorum causa audiatur et definiatur. Et si testes per se ad causas suas quaerendas habere non potuerint, vel legem nescierint, Comes illos vel illas adiuuet dando eis talem hominem, qui rationem eorum teneat et pro eis loquatur. Es maseten sich auch in den finsteren Zeiten häufig die geistlichen Gerichte in diesen Sachen die Gerichtsbarkeit an.

*e*) Oberappellationsgerichtsordnung l. c. n. 2. Dahingegen ist in mehreren anderen Ländern diese Befreyung ausdrücklich beybehalten, z. E. Nach der anhaltischen Proceßordnung. In der hessischen Untergerichtsordnung vom 20ten März / 9ten April 1732. Art. 1. §. 2.

*f*) LEYSER Spec. 73. med. 8. 9.

*g*) Ebendaselbst med. 10.

## §. 42.

### i) Von dem Gerichtsstande der Frau: Kinder, und Hausgenossen.

Die rechtmäsige Ehefrau *a*) ist des Vorzuges theilhaftig, welchen der Mann genieset, es müste denn eine blos persönliche Würde seyn, z. E. die Excellenz, Magnificenz, Ordensvorzüge *b*), daher tritt sie auch der Regul nach in seinen Gerichtsstand. Dies gilt noch mehr von den Kindern *c*).

Jedoch

Jedoch leydet dies bey den Wittwen und Kindern der Kriegspersonen eine Ausnahme, und ist hin und wieder durch besondere Verordnungen eingeschränket *d*). Durch anderweite Heyrath verlieh-ret die Wittwe, nicht aber die Kinder erster Ehe, den Gerichtsstand des ersten Ehemannes, und tritt nunmehro in den Gerichtsstand des zweyten Ehemannes e). Die Kinder aber verliehren den Gerichtsstand des Vaters durch eine an einem andern Orte geschehene Besezung, oder durch ein angetretenes Amt, welches einen besonderen Gerichtsstand bey sich führet *f*). Das Gesinde wie auch Haussecretaire und Hausinformatoren haben denselben Gerichtsstand, welchen die Herrschaften oder Principalen geniesen *g*).

*a*) Nicht die unrechtmäsige, auch nicht die Braut §. penult. I. de nupt. (I. 10.) L. 22. §. 1. L. 32. L. 37. §. vlt. D. ad munic. (L. 1.).

*b*) L. 8. D. de senat. (I. 9.), L. 13. C. de dignit. (XII. 1.), L. vlt. C. de incol. (X. 39.), L. 65. D. de iud., L. 5. §. 5. D de ritu nupt. (XXIII. 2).

*c*) arg. L. 19. pr., L. 45. pr. D. de iud., L. 46 §. 1. D. ad munic. Diesem steht L. 68. 196. de R. I. nicht entgegen.

*d*) Die Wittwen der zellischen Oberappellationsgerichtspersonen stehen nur unter dem Oberappellationsgericht, so lange sie zu Celle wohnen, Oberappellationsgerichtsordnung P. II. T. I. §. 2.

*e*) L. 22. §. 1. D. ad munic., L. vlt. C. de incol., L. 13. C. de dignit.

*f*) L. 3. 4. D. ad munic. Auch die Wittwe und Kinder der Geistlichen bleiben bis zur anderweiten Verehligung, oder bis zum anderweit erwählten

Wohnsize oder Lebensart unter dem geistlichen Gericht. Calenbergische Landesordnungen Th. I. S. 243. DE PVFENDORF T. III. obs. 199 Der Sohn eines Geistlichen, welcher die Rechte studiret, und nach geendigten Universitätsjahren sich wieder bey seiner Mutter aufhält, verliehret den geistlichen Gerichtsstand. Hingegen Wittwen und und Kinder der niederen Geistlichkeit [cleri minoris] verliehren den geistlichen Gerichtsstand gleich mit dem Tode des Vaters oder Ehemannes. Verordnung vom 1sten May 1771. DE PVFENDORF de Idict. germ. P. III. Sect. 2. cap. 1. §. 46. u. Animadvers. Iur. T. 1. n. 16. hält davor, daß aller befreyete Gerichtsstand der herrschaftlichen Bedienten, woferne nicht die Würde der Grund desselben sey, mit dem Tode aufhöre.

g) auth. habita C. ne filius pro patre, L. 6. D. ad municip.

## §. 43.

### Von der Litispendenz.

Es ist eine sehr billige und dem Vortheil der Partheyen angemessene Regel: daß der Rechtsstreit da, wo er angefangen worden, auch zu endigen sey *a*). Nach dem römischen Rechte fängt sich die Rechtshängigkeit mit der Befestigung des Rechtsstreits an *b*). Aber das päbstliche Recht *c*) siehet auf die würklich geschehene oder vor geschehen angenommene Einhändigung der Ladung, wenn diese nur den Inhalt der angestellten Klage kürzlich enthält, oder, welches heutiges Tages überall geschiehet, der Klaglibell mit allen Beylagen mitgetheilet wird. Wo aber eine Klage nicht anders, als durch den in der Litis-Contestation liegenden quasi-Contract auf die Erben übergehet, da ist eine bloße insinuirte Ladung nicht hinreichend, sondern

dern

dern es muß würklich Einlassung geschehen seyn. Das päbstliche Recht befolgen wir in den Gerichten, welches auch durch die Reichshofrathsordnung bestätiget ist *d*). Da die Gesetze allgemein reden, so ist nicht abzusehen, warum nicht durch einen Bescheid, der einen Libell als inept verwirft, die Rechtshängigkeit anfangen sollte; denn es kann geschehen, daß dieser Bescheid durch ein eingewandtes Rechtsmittel abgeändert wird. Gemeiniglich wird ja auch dem Kläger vorgeschrieben, wie er seine Klage besser einrichten soll, mithin die Sache nicht ganz von diesem Gerichte abgewiesen. In Sachsen gehet die erste Meynung durch *dd*). Eine andere Bewandtnis hat es, wenn die Klage wegen nicht gegründeter Gerichtsbarkeit von hier abgewiesen wird, gleichwie denn überhaupt die von einem offenbahr unstatthaften Richter erlassene Ladung keine Rechtshängigkeit begründet. Ein angelegter Arrest begründet die Gerichtsbarkeit, welches nur bey Reichsständen wegen der Austrägalinstanz und bey Geistlichen eine Ausnahme leydet *e*). Ist aber die Ladung von mehreren Richtern in dem nähmlichen Zeitpunct eingehändiget, so bestimmt das Loos den Richter *f*). Die Rechtshängigkeit behält ihre Würkung, wenn gleich der Beklagte vor dem Urtheil einen andern Gerichtsstand erhalten hat *g*). Auch der, welchem der Rechtsstreit denunciiret ist, muß, wenn er gleich einen privilegirten Gerichtsstand hat, sich wegen der Rechtshängigkeit und Verbindung der Sache [Connexität] vor dem Gerichtsstand der Hauptsache einlassen *h*). In provocatorischen Rechtsmitteln würket der Bescheid, wodurch dem Provocaten

caten befohlen wird, Klage zu erheben, keine Rechtshängigkeit, sondern er überläßt es nur dessen Gutdünken, die Klage vor jedem befugten Gerichtsstande anzubringen. Der Provocant ist der künftige Beklagte, dieser aber folgt nicht des Klägers, sondern der Kläger des Beklagtens Gerichtsstande *i*). Nach eröfnetem Concurse wird wegen der Forderungen in eben dem Lande auf keine Rechtshängigkeit Rücksicht genommen. Daß aber die Rechtshängigkeit oder auch die Prävention wegfalle, wenn die Ladung oder deren Einhändigung eine beträchtliche Nullität an sich hat, solches fließt schon daraus, daß das, was nichtiger Weise vorgenommen ist, keine Rechtswürkungen hervorbringen kann. Ist keiner von beyden Theilen der Ladung nachgekommen, und selbige dadurch erloschen, oder ist der Beklagte von der Instanz absolvirt, so tritt das nehmliche ein *k*). Blose extrajudicial-Sachen, die nicht in der Form der Klagen angebracht sind, begründen keine Rechtshängigkeit. Wenn der Beklagte, von dessen Verbindlichkeit nur allein die Rede ist, sich vor einen andern Gerichtsstand ziehen läßt, so wird die Rechtshängigkeit für erlassen gehalten. Auch hat sich der zuvorgekommene Richter über nichts zu beklagen, weil ein jeder durch die Prorogation seinem Gerichtsstande entsagen kann. Die Rechtshängigkeit würkt: 1) daß die Klagen sowohl in Rücksicht des Klägers, als des Beklagten, auf die Erben übergehen; 2) daß die Verjährung unterbrochen wird, und nunmehro ohne Unterschied 40 Jahr von der Zeit an, da der Rechtsstreit geruhet hat, zur Verjährung erfordert werden *l*); 3) daß sie alsdenn,

wenn

wenn sie mit dem Bewustseyn einer fremden Sache verbunden ist, einen bösen Glauben [malam fidem] begründet; 4) daß der Beklagte wegen des nehmlichen Rechtsstreits wider seinen Willen nicht vor einen andern Gerichtsstand gezogen werden kann *m*); 5) daß sie eine Sache litigiös macht, nur daß 6) überhaupt keine Neuerungen vorgenommen werden können, sondern auf vorgängiges Ansuchen durch unbedingte Strafbefehle [mandata S. C. attentatorum reuocatoria] alles wieder in den vorigen Stand gesezet werden muß *n*); 7) wenn gleich der Kläger oder Appellant die Klage oder Berufung hat fahren lassen, so kann doch der Beklagte die Wiederklage, und der Appellat seine Adhäsion verfolgen *o*).

*a*) L. 30. D. de iud. Einen Abfall von dieser Regul macht die Verordnung vom 24ten Jul. 1724., 4ten Aug. worinn verfüget wird, daß ohne Rücksicht auf die Rechtshängigkeit, der Soldat, welcher während der Inquisition seines Dienstes entlassen wird, dem ordentlichen peinlichen Richter übergeben werden soll.

*b*) L. 4. C. de Iurisdict. Anders verhält es sich mit den dem Kayser überreichten Bitten t. t. Cod. quando libellus Princip. datus (I. 20.). Eine blose Protestation ist also eben so wenig hinreichend, wenn gleich selbige dem anderen Theile abschriftlich zugestellet ist, und derselbe darauf geantwortet hat. WERNHER P. 3. obs. 200.

*c*) clem. cum lite pendente 2. vt lite pendente (II. 5.)

*d*) Reichshofrathsordnung Tit. 2. §. 8.

*dd*) RIVINVS in Enunc. ad tit. 11. Enunc. 21. Ord. Proc. recogn. tit. 5. §. 4. MEVIVS de arrestis c. 15. n. 24. u. f. c. 26. n. 105. imgleichen in Decis.

cis. P. 4. Dec. 348. BERGER Oec. Lib. 4. tit. 4. th. 3. not 8.

*e*) Concept II. 24. pr. am Ende.

*f*) arg. L. 14. D. de iud.

*g*) L. 19. pr. D. de Iurisdict., L. 7. D. de iud., c. 19. X. de foro compet. (II. 2.).

*h*) L. 49. pr. D. de iud., L. 1. 2. C. vbi in rem actio (III. 19.).

*i*) MEVIVS P. 1. Dec. 198., P. 3. Dec. 350. ZANGER de except. p. 3. c. 26. n. 208. BERGER Oec. L. 4. tit. 14. th. 3. not. 1.

*k*) CARPZ. Resp. Lib. 2. Resp. 47. n. 4. RIVINI Spec. exc. for. c. 5. n. 5.

*l*) L. f. C. de praescr. 30. l. 40. ann. (VII. 39.). L. 1. §. 1. C. de ann. ext. (VII. 40.).

*m*) L. 4. §. 2. C. de in ius voc. (II. 2.), Nov. 112. c. 3. §. 1.

*n*) t. t. X. vt lite pend.

*o*) STVRM Diss. de adhaes. minus princip. ob alterius leuterat. vel appellat. renunciat. non expirante, BERGER elect. Disc. for. p. 196.

## §. 44.

### Von der concurrirenden Gerichtsbarkeit und von der Prävention.

Sowohl den Rechten als der Billigkeit ist es vollkommen angemessen, daß nicht eine und die nehmliche Sache vor zweyen oder mehreren Gerichten zugleich verhandelt, oder die von dem einen Richter entschiedene Sache von einem andern aufs neue in Untersuchuug gezogen werde *a*). Wenn daher mehrere Richter eine concurrirende Gerichtsbarkeit haben, so ist die Sache bey dem Richter, vor welchem sie zuerst rechtshängig worden ist, zu vollen-

vollenden. Alsdann sagt man, daß Richter oder Gerichtsbarkeiten concurriren, wenn mehrere Richter in der nehmlichen Sache gleich befugt sind, die Untersuchung und Entscheidung vorzunehmen, z. E. die Hofgerichte und Canzleyen in hiesigen Landen; nach der Brem. Pol. Ordn. p. 1085. die Landgerichte und das Hofgericht. Die Prävention aber ist nichts anders, als eine zuerst vorgenommene Untersuchung der Sache im Falle einer concurrirenden Gerichtsbarkeit mehrerer gleich befugter Richter. Hieraus erhellet, daß eine Prävention nicht gedacht werden könne, wenn die Gerichtsbarkeit des zuvorkommenden Richters nicht gegründet, oder auch nur streitig ist. In peinlichen Fällen wird die Prävention nicht durch die Inhaftirung oder durch die öffentliche Ladung, sondern durch eine unbezweifelte Inquisitionshandlung, z. E. durch Aufhebung und Section des todten Cörpers, als welche die Gewisheit der Missethat [corpus delicti] bestimmt, begründet *b*). Die Prävention hat in der Praxis und darinn ihren Grund, daß wenn alle Umstände gleich sind, derjenige vorgehet, welcher zuerst zugegriffen hat, oder im Besitze ist *c*). Doch tritt dieses alsdann nicht ein, wenn die Gerichtsbarkeit gemeinschaftlich ist, entweder an und für sich, kraft einer durch Verträge oder Observanz bestimmten Gemeinschaft, — — allemahl eine unglückliche Verfassung — — oder durch einen Zufall, wenn z. E. Streitigkeiten über die Gränzsteine oder Gränzbäume nicht unter den Richtern selbst, sondern unter dritten Personen, die auf das Gericht sich berufen, entstehen. Denn es kann in einer gemeins

meinschaftlichen Sache niemand etwas für sich, ohne ein Spolium zu begehen, vornehmen, und wenn beyde gleiche Rechte haben, so wird derjenige vorgezogen, welcher widerspricht *d*). Um aber einen Rechtsstreit für angefangen zu halten, ist hier das zu wiederholen, was im vorhergehenden §. von der Rechtshängigkeit gesagt ist; denn wo eine Prävention eintritt, da ist auch eine Rechtshängigkeit vorhanden; aber nicht umgekehrt. In bürgerlichen Sachen concurriren die Richter auf verschiedene Art: I) wenn gegen einen, der mit Schulden überhäuft, welcher mehrere Wohnplätze in dem nehmlichen Lande eines Fürsten, oder mehrere gleich befugte privilegirte personal-Richter hat, ein Concurs erreget wird. In diesem Falle siehet man nicht immer auf die edictal-Citation, sondern unterscheidet: ob der Concurs auf Ansuchen des Verschuldeten durch Abtritt der Güter entsteht, da der Richter der zuvorgekommene ist, vor welchem die Cession geschehen ist; oder ob derselbe auf Ansuchen der Gläubiger oder von Amtswegen erreget wird, in welchem Falle vorläufig nach Vorladung des Schuldners die Zulänglichkeit der Güter untersuchet wird. Wenn nun nach solcher Untersuchung des Concurs beschlossen wird, und der Richter die Güter des Verschuldeten in Besiz nimmt, so ist dieses der Einsezung in die Güter gleich, durch welche die Prävention ungezweifelt begründet wird, obgleich die edictal-Citation, wodurch nicht die Beklagten, sondern die Kläger, nehmlich die Gläubiger, zusammen berufen werden, später erfolgt. Denn wenn die Gesetze eine eingehändigte Ladung erfordern, so

nehmen

nehmen sie auf den ordentlichen Proceß Rücksicht, und geben nicht undeutlich zu erkennen, daß der Rechtsstreit von dem andern Richter gesezmäsig angefangen seyn müsse, welches nach Verschiedenheit der Processe auch auf andere Art rechtlich geschehen kann. II) Tritt die Gerichtsbarkeit des Richters der belegenen Sache und des Aufenthalts bey einer petitorischen real-Klage, oder bey einer solchen Klage, die gegen jeden Besizer angestellet wird, zugleich ein (§. 34. 36.). III) Eine besondere Art der Prävention kömmt in hiesigen Landen vor, wenn eine civil- und militär-Person aus dem nehmlichen Geschäfte belangt werden sollen, und beyder Interesse gleich ist; denn in diesem Fall wird die Sache nicht vor den Oberrichter gebracht, sondern die Prävention bestimmet das Gericht, bey welchem die Sache ausgeführet werden muß *e*). IV) Concurriren mehrere Richter, die Kraft der Gesetze oder althergebrachten Gewohnheit, oder in Rücksicht der belegenen Sache und der Partheyen, entweder in Ansehung eines ganzen Reichs, oder nur eines Districts desselben, gleich befugt sind; so daß es vom Kläger abhänget, an welchen Richter er sich wenden wolle. Eine solche concurrirende Gerichtsbarkeit üben die höchsten Reichsgerichte über das ganze Reich aus *f*), in sofern keine Befreyung der Nichtberufung oder der Auswahl des Gerichtsstandes im Wege stehet. Jedoch sind dem Reichshofrath reservirt: 1) Sachen unmittelbahrer Reichslehen, sowohl in erster als zweyter Instanz, es mag nun vom Besiz, oder vom Rechte selbst, entweder am ganzen Lehen, oder an einem Theil desselben die Frage seyn *ff*);

nur

nur mit Ausnahme des einzigen possessorii summariissimi, woraus jedoch keine Prävention entstehet *g*); 2) Sachen, die Italien und das arelatische Reich betreffen *h*); 3) die peinlichen Sachen der Reichsunmittelbahren *i*), jedoch mit Ausnahme des Verbrechens des Landfriedensbruches, und des Falles, da wegen Verachtung der Gerichtsbarkeit die Strafe der Acht verhänget werden kann; denn beyde Fälle gehören eben sowohl vor das Reichscammergericht; 4) wenn eine vorläufige Frage über den Stand erwächset, welcher von einer gleichen oder ungleichen Ehe abhänget *k*); Nicht wenn über den Adelstand geklaget wird v. Cramer wezl. Nebenst. Th. 38. n. 4. 5) geistliche der kayserlichen Advocatie anklebende Sachen. Wenn daher Bischöfe die Klöster besichtigen, so wird ihnen in Ansehung der zeitlichen Güter ein Commissarius beygefügt *l*); 6) Sachen der Concordaten der teutschen Nation, in welchem Falle Rescripte an den Beschützer teutscher Nation erlassen werden *m*); 7) Zollsachen, vermöge der Wahlcapitulation Kayser Joseph I. Art. 23.; 8) Sachen, das heilige römische Reich, desselben Hoheit, Recht, Herrlichkeit, Gerechtigkeit, Pfandschaft, Lösung, Regalien hohe und niedere Lehen, Privilegien, Indult, Confirmation und anderes, wie solches Nahmen, haben mag, und was nach der unfehlbaren Justitien dirigirt und decidirt werden solle, betreffend *n*); 9) Supplicationen und Revisionen des Erzmarschallgerichts, und Sachen der zu diesem Gerichte gehörigen Personen *o*); 10) Belehnungen mit den kleinern Lehen der Grafen, Adelichen u. s. w.; 11) Gnadenden-

densachen; und endlich 12) die authentische Auslegung der Privilegien *p*), doch so, daß wegen deren Beeinträchtigung beyde Reichsgerichte concurriren; 13) Münzsachen *q*); 14) Postsachen *r*); 15) wenn über das rothweilische Hofgericht Beschwerden wegen verzögerter Gerechtigkeit angebracht werden, oder dasselbe verbethen wird *s*). Irrig werden die Concurse der unmittelbahren Reichsglieder hierher gerechnet *t*). Und, die Wahrheit zu sagen, im Zweifel ist allezeit die Gerichtsbarkeit des Reichshofraths gegründet, theils weil vor Einführung der höchsten Reichsgerichte dem Kayser mit Zuratheziehung der Reichsfürsten die richterliche Gewalt zustand, theils weil durch die Reichshofrathsordnung Tit. 11. §. 8. [die durch den Gebrauch und die Observanz, obgleich noch nicht nach der Reichsverfassung die gesezliche Kraft erlanget hat] dem Reichscammergericht nicht eine allgemeine, sondern eine eingeschränkte concurrirende Gerichtsbarkeit ertheilet ist, in den Worten: so wollen wir auch, daß unser Reichshofrath, sonsten und in denen Fällen, darinn wir und unsere Vorfahren am Reich, unserm Cammergericht *concurrentem iurisdictionem* zu mehrerer Beförderung der Partheyen und unserer Uebertragung mitgetheilet haben *u*). Ein jedes höchstes Gericht übet über die zum Gericht gehörige Personen und deren Familie auch nach dem Tode des Beamten, wenn sie sich nur nicht unter einen andern Gerichtsstand begeben, wie auch über die Practicanten, Sollicianten und Residenten der Reichsstände *x*), die alleinige Gerichtsbarkeit aus. Da auf den Reichsversamm-

lun-

lungen den Reichsständen empfohlen ist *y*), ihre Gerichte, so viel möglich, wohl und nach Art des cammergerichtlichen Processes einzurichten; so trift man in vielen Ländern Hofgerichte und Justizcanzleyen, Regierungen, Regierungscanzleyen, an, wovon jene sehr viel Aehnlichkeit mit dem Reichscammergericht, diese mit dem Reichshofrath haben *z*). Die Beysitzer der Hofgerichte werden von den Landständen präsentirt, und erhalten ihre Besoldungen aus der Landschaftscasse; wenn daher ein Theil des Landes, wie in hiesigen Landen beym Fürstenthum Grubenhagen eintritt, nichts zur Unterhaltung des Hofgerichts beyträgt, so gelangen auch daraus die Berufungen nicht an dasselbe. Diese Hofgerichte sind in die Stelle der ehemahligen Landgerichte, welche die Graven mit ihren zugeordneten Richtern hielten, und daher Comicia genannt wurden, getreten, welche wiederum verschiedene Centen unter sich hatten *aa*). Wenn die Comicia wieder mehrere Comitatus unter sich hatte, so entstund daher eine Landgrafschaft Comicia superior vniverlalis. Die Mitglieder der Justizcanzley ꝛc. werden aber vom Landesherrn ernannt und besoldet. Auch diese Gerichte üben, mit Vorbehalt der Prävention, eine concurrirende Gerichtsbarkeit aus *bb*), jedoch so, daß einige Sachen den Canzleyen des Landesherrn vorbehalten bleiben *cc*), z. E.: 1) Lehnsachen, weil sie das Gericht der parium curiae vorstellen; 2) peinliche Sachen, weil das Recht über Leben und Tod das vornehmste Regale ausmacht; 3) Klagen über Ausschweifungen der Unterbeamten, vermöge der höchsten Aufsicht des Landesherrn; 4) hin und wieder

die

die fiscalische Sachen. Allein etwas allgemeines kann in dieser Materie nicht festgesezet werden, weil dabey alles auf Verträge mit den Landständen oder auf die Observanz ankömmt. Wo der Landesherr an die Einwilligung der Landstände nicht gebunden ist, da wird selten zwischen beyden Gerichten ein Streit über die Gerichtsbarkeit entstehen, weil alsdann der Fürst die Befugnis hat, Gränzen nach seinem Belieben vorzuschreiben, und solches auch gewöhnlich zu thun pflegt.

*a*) Wahlcapitulation Kayser Carls VII. Art. 17. §. 17.

*b*) de PUFENDORF T. III. obs. 90.

*c*) L. 52. pr. D. de pecul. (XV. 1.), L. 91. §. 3. in f. de V. O. (XLV. 1.), c. 55. und 65. de R. I. in 6.

*d*) L. 28. D. communi diuid. (X. 3.).

*e*) Militärjustizreglement c. 11. §. 10.

*f*) Wenn die Statthaftigkeit dieser beyden höchsten Gerichte nicht schon durch das Reichsherkommen hinreichend begründet wäre, so behauptet selbige mit einer Art von Hinreissung von Uffenbach de iud. imp. aul. c. X. S. 82.

*ff*) Concept II. 7. Regimentsordnung von 1571. §. ob auch Sachen vorfielen. Hiervon finde ich die Grundlage in I. F. 18. II. F. 34.

*g*) Concept II. 22. 2. Zwar machen die Reichsgerichte Verfügungen, um Unruhen und das Ergreifen der Waffen zu verhüten; wo aber keine Gefahr im Verzuge ist, da schliesen sie die Austrägalinstanz, wenn diese nur sonst eintritt, nicht aus.

*h*) DITTERICH de quat. praec. proc. Conf. imp. aul. §. 44. 45. von Uffenbach l. c. S. 1. subs. 1.

*i*) DITTERICH l. c. §. 46. von Uffenbach l. c. subsect 3. S. 88.

*k*) DITTERICH l. c. §. 47. von Uffenbach gehet, l. c. c. X. S. I. subsect III. viel zu weit, wenn er behauptet, daß die Ehesachen als Ehesachen vor den kayserlichen Reichshofrath gehören. In der Sache von Favras wider den Fürsten von Anhalt-Schaumburg komt es auf die Rechtsbeständigkeit der Ehe an, und der Reichshofrath hat freylich die Sache angenommen.

*l*) DITTERICH am angef. Orte §. 49.

*m*) Derselbe §. 50.

*n*) Reichshofrathsordnung Tit 2. §. 1. In dem Concept der Cammergerichtsordnung Th III. Tit. 3 werden zwar Insinuationen einer Schenkung und Bestätigungen des Brautschazes erwähnet; allein sofern diese Bestätigungen in der Lehnsfolge oder in der öffentlichen Verfassung etwas abändern, sind sie vielmehr beym Kayser zu suchen.

*o*) von Uffenbach l. c. S 89. 90.

*p*) PÜTTER progr. de I. & O. summ. imp. tribunal. circa interpretat. priu. Caes., in seinen Opusc. S. 273.

*q*) von Uffenbach l. c. Subsect. 3. S. 88.

*r*) ebendaselbst S. 89.

*s*) ebendaselbst S. 91., auch wenn Beförderungsschreiben an das Cammergericht selbst gebethen und erlassen werden.

*t*) vom DITTERICH l. c. §. 48.

*v*) DITTERICH am angeführten Orte §. 39. u. f. scheint mir viel zu weit zu gehen, wenn er sagt, daß die Gerichtsbarkeit des Reichscammergerichts nur in den Fällen, die in der Cammergerichtsordnung Th. II. Tit. 10. bis 30. vorkommen, concurrire.

*x*) Neueste Wahlcapitulation Art. 25. §. 7.

*y*) Reichs-

y) Reichsdeput. Abschied von 1600. §. 15., Concept der Cammerger. Ordn. Th. II. Tit. 31. §. 9., jüngster Reichsabschied §. 137.

z) Die Geschichte des Preussischen Landgerichts trift man vollständig an in den Beyträgen zur jurist. Litter. in den preuss. Landen Th. II. S. 245. Nichtweniger des Pommerschen Th III. S. 338. u. f.

*aa*) Kopp von den hessischen geistlichen und civil. Gerichten Th. I. S. 230. u. f. imgl. S. 250.

*bb*) Kopp am angef. Orte 291.

*cc*) Strubens Unterricht von Regierungs- und Justizsachen Abth. III. §. 19.

---

# Fünftes Hauptstück

## von den

# Gerichtspersonen, vom Gerichtsort, Sitzungen, Ferien, Registraturen, Siegeln.

### §. 45.

### Von der Fähigkeit des Richters.

Nachdem bis hierhin von der Gerichtsbarkeit und dem Gerichtsstande das nöthige ausgeführet worden, so müssen nunmehro auch die Gerichtspersonen sowohl Haupt- als Nebenpersonen betrachtet werden. Zuerst also vom Richter. Diesem muß keine Unfähigkeit entgegen stehen, sonst ist alles nichtig, was er vornimmt. 1) Niemand kann sich, seinen Eltern, Ehefrau, Kindern,

oder andern nahen Blutsfreunden und Verschwiegersten, auch nicht seinen Bedienten, Recht sprechen *a*); 2) Ist jemand vor Annehmung des richterlichen Amts Sachwalter in einer Sache gewesen, so kann er nachher nicht Richter darinn seyn (§. 72. not. *cc*). 3) So wie ein Geistlicher keine weltliche Gerichtsbarkeit ausüben kann *b*), so ist auch ein Laye in Sachen geistlicher Personen ein unfähiger Richter, welches soweit gehet, daß ein vor ihm gethanes Geständnis als nicht geschehen angesehen wird *c*), wenn nicht der, welcher es gethan, den geistlichen Stand verlassen hat *d*). 4) Auser seinem Gerichtssprengel und auser den vorgeschriebenen Gränzen seiner Gerichtsbarkeit, hat ein Richter weder richterliche Gewalt, noch öffentlichen Glauben, und man braucht ihm nicht zu gehorchen *e*). 5) Wer wegen einer schändlichen That abgesezt ist, kann weder Richter noch Zeuge seyn *f*). 6) Ein Blinder kann zwar Richter werden, doch wird sich ein solcher Fall selten zutragen *g*). 7) Taube, Stumme, stets wüthende und wahnwizige, ob sie gleich vernünftige Zwischenräume haben, Unmündige, Frauenspersonen und Knechte können nicht Richter seyn, wohl aber die, welche der väterlichen Gewalt noch unterworfen sind *h*). Heutiges Tages wird dieser lezte Fall sich nicht leicht zutragen, weil derjenige, welcher ein öffentliches Richteramt bekommt, auch gemeiniglich seine eigene Haushaltung anfänget. 8) Ein Minderjähriger unter 20 Jahren kann nur mit Einwilligung der Partheyen, oder vermöge eines landesherrlichen Rescripts, wenn er nur über 18 Jahr ist, das richterliche Amt verwalten *i*). Die Strafe des Klägers,

gers, der seine Sache vor einen verbothenen Richter bringt, war sonst der Verlust der Klage, und der Tribun oder Vicarius, der eine untersagte Execution vornahm, verlohr das Leben *k*), aber heutiges Tages werden sie auserordentlich und gemeiniglich nur mit Verweis bestrafet. Uebrigens muß der Richter der Rechte genugsam erfahren *l*) gottesfürchtig *ll*); einer der drey im heiligen römischen Reiche geduldeten Religionen zugethan *m*), und die Pflichten eines rechtschaffenen Mannes auf das vollkommenste zu erfüllen bemühet seyn *n*); dann wird er ohne Menschenfurcht die Person nicht ansehen; Sich der Rechthaberey, Widerspruchungssucht, Uebereilung im Urtheilen, Wankelmüthigkeit enthalten; Meister seiner Begierden; fleisig und auch bey weitläuftigen verworrenen Sachen unverdrossen seyn. Zugleich Richter und Advocat seyn; die Acten verfälschen; zur Bedrükkung des einen Theils, aus Leydenschaft oder Bestechung die Gerechtigkeit beugen *o*); Geheimnisse des Gerichts zum Nachtheil oder aus Gunst offenbahren; vorsezlich falsch urtheilen, ist heut zu Tage nicht allein Eydbrüchigkeit und peinlich Verhältnismäsig zu bestrafen *p*) sondern es muß auch der Richter allen Schaden ersezen *q*). Klugheit, Standhaftigkeit, Ehrbarkeit im ganzen Betragen, auch Menschenliebe *r*), müssen mit Wissenschaft und Erfahrung gepaaret gehen *s*). Unwissenheit und Uebereylung sezet den Richter in die Verbindlichkeit allen Schaden zu ersezen *t*). Gegen die Erben kann nur soweit auf Schadenserszung geklaget werden, als sie reicher dadurch sind *v*). Diesfalls wird die Syndicatsklage gegeben. Vorerst muß

das ganze Gericht haften, es wird aber denjenigen, welche anderer Meynung oder unschuldig gewesen sind, der Regreß wider den Referenten, und die dessen Meynung beygetreten sind, woferne nicht blos der Referent durch seine unvollständige oder unrichtige Relation dazu Anlas gegeben hat, vorbehalten x). Im zweifelhaften Falle wird jedoch vor das rechtmäsige Verfahren des Richters die Vermuthung gefasset xx). Kenntnis des gemeinen Lebens y), und warmes Gefühl des menschlichen Elendes muß den Richter beleben. Nur darf dieses nicht bis zur Weichlichkeit oder läppischen Empfindsamkeit ausarten. Von was vor Religion, von welchem Stande die Richter seyn müssen, wer sie vorzuschlagen und zu besolden habe, dies hänget von der besonderen Landes- und Gerichtsverfassung ab. Von der Gewohnheit, daß ein jeder von seines gleichen gerichtet werden muste z), finden wir heut zu Tage in Besezung mancher Gerichtsstellen noch Spuren, und die Austrägalinstanz schmecket auch darnach. Ein jeder sollte sich billig beruhigen, wenn in seiner Sache von gelehrten, fleisigen und rechtschaffenen Richtern geurtheilet würde. Die Abdankung der Cammerger. Personen geschiehet in einer besondern Versammlung, wo der Cammerrichter den Vortrag thut, und sämmtliche Beysizer über die Annahme der Aufkündigung, Aushaltung der 6 Monathe, und Berichtserstattung votiren. S. das Prot. Plen. die Resignation des Hr. Präsidenten Grafen von Bassenheim vom 18ten Dec. 1777. in den neuesten Staatsbegebenh. 4ter Jahrgang. Von der Abdankung der Rhofräthe: Wahls

Capi-

Capitulat. Art. 24. §. 10. auch ſoll kein R. H. R. ſeiner Stellen anderſt, als nach vorhergegangener rechtlichen Cognition und darauf erfolgtem Spruch Rechtens entſezet werden.

a) L. vn. C. ne quis in ſua cauſ. iud. (III. 5.), L. 10. D. de Iurisdict. (II. 1.), L. 17. D. de iud. (V. 1.), L. 51. D de recept. (IV. 8.). Der L. 77. D. de iud. ſtehet dieſem gerade entgegen, wenn er nicht von Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit verſtanden wird. L. 1. §. 11. D. quando appell. (XLIX. 4). Landesherrn, ſowohl diejenigen, welche keinen Oberen erkennen, als auch Stände des Reichs, auch Gerichtsherren belangen ihre Unterthanen vor ihren eigenen Gerichten, nur müſſen ſie die bis zum Spruche inſtruirte Acten verſchicken. Struben Th. I. Bed. 126. LEYSER Sp. 69. med. 4. u f. Durchaus muß der Gerichtsherr nicht der Beklagte ſeyn, wenn vor ſeinem Gerichte geklaget werden ſoll, LEYSER Sp. 68. med. 2. 3. 4. Der Gerichtsherr ſelbſt kann auch kein glaubwürdiges Protocoll in einer ſolchen Sache abfaſſen Struben Th. V. Bed. 32. Es iſt aber nicht als eine eigene Sache anzuſehen, wenn der Richter über die Gränzen ſeines Amtes, oder über Beleydigungen, die ihm im Amte widerfahren ſind, verfährt. c. 1. de poenis in 6. (V. 9.).

b) c. 1. X. de poſtul. (I. 37).

c) c. 4. 8. X. de iud. (II. 1.), c. 2. X. de foro comp. (II. 2.).

d) c. 10. X. de iud.

e) L. vlt. D. de off. Praef. vrb. (I. 12.); L. vlt. D. de iurisd., L. 1. §. 1. D. quod quisque iur. in alt. (ſtat. II. 2.), L. 1. 4. C. ſi a non compet. iud. (VII. 48.), c. 5. X. de off. legati (I. 30.), c. 19. X. de off. iud. ord. (I, 31.).

*f*) L. 2. D. de ſenat. (I. 9.). L. 2. D. de off. aſſeſſ. (I. 22.), L. 12. §. 2. D. de iudiciis.

*g*) L. 6. D. de iudiciis.

*h*) L. 12. §. 2. et 3., L. 15. pr. D. de iudic. Der Vater, wenn der Sohn das Amt mit ſeinem Willen übernommen hat, muß vor ſelbigen haften. L. 7. D. de adm rer. ad ciuit. pert. (L. 8.) Tafinger in inſtit iurisprud. cam. Th. I. §. 165. bezeuget mit angeführten Beweisſtellen, daß man bey Annehmung der Cammergerichtsbeyſizer auf den Geſundheitszuſtand Rückſicht nehme, damit der Präſentirte auch zu arbeiten im Stande ſey. Daß man aber auch einen Präſentirten abgewieſen, welcher nur ein Auge gehabt, iſt übertrieben. Am Arbeiten kann dies doch wohl nicht gehindert haben.

*i*) c. 41. X. de off. & pot. iud. delegat. (I. 29.), L. 57. D. de re iud. (XLII. 1).

*k*) L. 5. C. de iurisdict. (III). 17.).

*l*) Nov. 82. pr. c. 1.

*ll*) 5 Buch Moſis 1, 9, 17., verglichen mit 2 Buch Moſ. 18., 13. 22. 5 Buch Moſ. 16., 18. 19. 2 Buch der Chronik 19, 6. 10. Pſalm 82, 1. 5. Brummer de ſcabinis c. 7. §. 15. führet aus dem Weichbild art. 16. n. 22. an, daß deswegen in den Gerichtsſtuben das jüngſte Gericht abgemahlet aufgehänget ſeyn ſolle. Darüber ſollte der Zuruf des Phlegias beym Virgil Aen. VI. geſchrieben ſtehen: Diſcite iuſtitiam moniti, et non temnere Divos! Amtsordnung von 1674. §. 1., in C. C. Calenberg T. IV. p. 20., CICERO de off. L. 3. Cum iudici dicenda eſt ſententia, meminerit, ſe Deum habere teſtem, h. e. mentem ſuam, qua nihil dedit Deus ipſi diuinius.

*m*) Auth. credentes C. de haeret. (l. 5.) Concept I. 3. 3 = 5. imgleichen I. 5. 16. Reichsabſchied von 1555. §. 106., I. P. O. art. 7. §. 1., und der ſich hierauf beziehende Reichsabſchied von 1654.

1654. §. 23., Viſitationsreceß von 1576. §. 62. und von 1577. §. 11., desgleichen von 1713. §. 7.

*n*) Zelliſche Oberappellationsgerichtsordnung l. 1. 8. wo es heiſet: Nicht weniger hat unſer Oberappellationsgericht ſich de vita & moribus der ernannten und präſentirten Räthe, ſoviel immer möglich, auf das genaueſte zu erkundigen, und wenn davon mit Grunde etwas widriges zu vernehmen wäre, ſolches ſowohl, ja noch mehr als den Mangel der Erudition zu attendiren, Concept. I. 3. 1. und l. 5. 16. L. 4. §. 1. D. fam. herciſc. In der Königl. Preuſſiſchen Cabinets-Ordre d. d. Potsdam den 14. Apr. 1780. die Verbeſſerung des Juſtizweſens betr. heiſet es: ein Menſch von ſchlechten Sitten und ohne Moralität vergißt ſehr leicht ſeine Pflichten, und es müſſen dergleichen Leute durchaus nicht bey der Juſtiz geduldet werden. Auch muß ein dergleichen unwürdiges Subject auszuſtoſen, keine Rückſicht auf deſſen ſonſtige Geſchicklichkeit, Familie und andere dergleichen Conſiderations abhalten. L. 137. §. 1. D. de V. O. MENOCH. de arbitr. iud qu. L. I prooem. führet folgende Stellen der Alten an: PLATO in Minoe ſ. de lege: ſit vir bonus, Deo ſimilis, et ſacratiſſimus omnium. HORAT. Epiſt. ad Quinct. L. 1. Vir bonus eſt quis? qui Conſullta patrum, qui Leges, iuraque ſeruat: quo mutae magna eque ſecantur iudice lites. *Alex. ab Alex.* lib. 6. dier. genial. Virum bonum haec decent, vt vbique ſanctus, vbique caſtus, honeſti cultor, pius et integer ſit, cujus ne erratum quidem minimum fuerit, ne dicam vitium, qui nullo modo perterritus, nulla calamitate victus fortunae cedat, qui nihil expetat, nihil dicat, nihil faciat in vita, niſi ſumma cum laude et dignitate, qui in nulla re delinquat, quem nullius rei poeniteat, quique ſeruet foedera humani generis ita inuiolata in magnis et minimis rebus, vt ne minima quidem conſciéntiae labe detineatur. CICERO ſde Offic. 16. ſagt: Iuſtitia in qua virtutis ſplendor eſt maximus: ex qua boni viri nominantur.

o) L. 13. §. 8. C. de iud. (III. 1.) c. 23. X. de test. Auch die Advocaten und Procuratoren, so sich dazu verwenden, sollen als ehrlos cassirt werden c. 1. X. de O. & P. iud. del. Visitationsabschied von 1713. §. 46.

p) Die Verschwiegenheit ist den Cammergerichtsbeysizern auf das nachdrücklichste auferleget, und sollen sie sogar ihre Bedienten hierauf beeydigen lassen. Concept I. 16. 6. Reichsabschied von 1557. §. 26. Visit. Absch. von 1713. §. 88. Mem. dem Canzleyverw. zuzustellen, §. 35. Man sehe auch die Eydsformuln des Cammerrichters und Beysizer Concept I. 71., welche mit dem Eyde des Präsidenten, Vicepräsidenten und Appellationsräthe in der Oberapp. Ger. Ordn. P. I. T. IX. überein kommen. S. auch eben das. P. 1. Tit. 3. §. 9. Verordnung Herzogs Julius in den Calenbergischen Landesordnungen Th. II. S. 664. Die Strafen der Nou. 124. c. 2. kommen heut zu Tage nicht zur Anwendung. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung P. II. T. 17. Verordnung vom 13ten Jun. 1729. in den Calenbergischen Landesordnungen Th. II. S. 715. und deren Erneuerung vom 29. Septemb. 1741., worin bis zur Leib- und Lebensstrafe gegangen wird. Brummer am angef. Orte c. 8. §. 18. 19. führet aus den ripuarischen Gesezen an, daß die Lebensstrafe wider denjenigen Schöpfen Statt gefunden habe, welcher überführet worden, daß er wissendlich ein falsches Urtheil gesprochen habe; so gar daß ihn die übrigen Schöpfen, und zwar sieben Fus höher als die Diebe, aufhängen müssen. Nicht weniger aus dem Land- und Lehnrecht führet er die Stelle an: wer da wird überredt, daß er ein unrecht Urtheil funden hab, mit seinen Wissen, dem schlägt man die Hände ab, oder er löse sich mit Pfenning. Siehe auch den Schwabenspiegel c. 110. Viel gelinder ist die Strafe wider die Cammergerichtspersonen Visitationsabschied von 1713. §. 46. Es entschuldiget auch nicht, daß die Sache des Gegners ungerecht und recht geurtheilet sey DE PVFENDORF

T. IV. obſ. 96. vielmehr iſt in der Verordnung vom 29 September 1741. bey unvermeydlicher Entſezung vom Amte befohlen, diejenigen anzuzeigen, welche Geſchenke anbiethen. Wo dies nicht geordnet iſt, thut der Richter immer wohl, dieſe Anzeige zu machen, damit wider ſelbigen inquiſitoriſch verfahren werden könne, welcher Geſchenke anbiethet. §. 74. n. 6.

q) L. 15. §. 1. D. de iud. L. 2. C. de poena iud. (VII. 49.) L. 7. C. quando prov. non eſt nec. Nov. 124. c. 2. Blos dieſe Schadenserſezung findet Statt, wenn ohne des Richters Wiſſen und Genehmignng den ſeinigen Geſchenke gemacht ſind. L. 4. §. 2. D. de off. proc. (I. 16.). Im L. 6. §. 3. D. de off. proc. L. 18. D. de off. præſ. (I. 18.). Im c. 11. de reſcr. in 6. (I. 3.) ſind Eß- und Trinkwaaren, die in wenig Tagen verzehret werden, zu nehmen erlaubt; allein auch dieſes ſtreitet mit der heutigen Eydespflicht.

r) Gar recht iſt es geſagt: Iudicem nec excandeſcere aduerſus eos, quos malos putat, neque precibus calamitoſorum illacrymari oportet, id enim non eſt conſtantis et recti iudicis cuius animi motum vultus detegit Nou. 82. pr. und c. 1. Auch die Worte des CIC. de Off. L. 1. c. 2. Nulla enim vitae pars: neque publicis, neque priuatis, neque forenſibus, neque domeſticis in rebus, neque ſi tecum agas quid, neque ſi cum altero contrahas, vacare officio poteſt: in eoque colendo ſita vitae eſt honeſtas omnis, et in negligendo turpitudo. —— Sed ſunt nonnullae diſciplinae, (Secten) quae praepoſitis malorum & bonorum finibus, officium omne peruertunt, nam qui ſummum bonum ſic inſtituit, vt nihil habeat cum virtute coniunctum, idque ſuis commodis, non honeſtate metitur; hic ſi ſibi ipſi conſentiat, et non interdum naturae bonitate vincatur, fit, vt neque amicitiam colere poſſit, nec iuſtitiam nec liberalitatem. Was CICERO L. 1. 20. von der Standhaftigkeit ſaget, iſt das Bild eines rechtſchaffenen Mannes, welchem jeder ähnlich

lich zu werden, sich bemühen sollte. MARCVLF L. I. form. 8. nec cuilibet facile iudiciariam conuenit committere dignitatem, nisi prius *fides* & *strenuitas* videntur esse probātae. Ergo dum fidem et vtilitatem tuam videmus habere compertam, ideo tibi actionem Comitatus, Ducatus, Patriciatus in pago — — tibi ad agendum regendumque commisimus. *Strenuitas* soll also Standhaftigkeit bedeuten. Davon komt wohl die Titulatur Gestrenge so wie von fides, Lieber Getreuer in den landesherrlichen Rescripten. Ich empfehle auch das Bild eines angehenden Richters, welches ich aus den Beyträgen zur juristischen Litteratur in den preussischen Staaten genommen und als Program ediret habe, nicht allein mit Aufmerksamkeit zu lesen, sondern auch zu befolgen.

s) Daher sind Prüfungen und Proberelationen eingeführet. Concept I. 3. 1. und I. 5. 11. u. f. Visitationsabschied von 1713. §. 25. Kayserl. Decret vom 14. Jan. 1714. §. 5. Oberappellationsgerichtsordnung l. 1. 7. Nov. 82. pr.

t) L. 8. D. ad L. Aquil., L. 9. §. pen. D. locat. cond. (XIX. 2.), L. 5. §. 4. D. de O. & A. (XLIV. 7.), L. fin. D. de extraord. cognit. (L. 13.). S. auch Note q. Nach diesem Geseze soll der nicht aus Vorsaz sondern Verschulden fehlende Richter den Schaden allemahl ersezen, und nach Befinden bestrafet werden. S. auch L. 6. D. de adm. rer. ad ciuit. pert. (L. 8.). pr. J. de obl. quae quasi ex del. nasc. (IV, 5) Anders ist es nach den alten teutschen Gesezen. Im Landrecht L. II. Art. 12. heisset es: fraget man einen Mann um ein Urtheil, und findet er es nach seinen Sinne am rechtesten als er weis, und wäre es wohl unrecht, er leider doch da kein Noth um. Jedoch behauptet Brummer am angef. Orte c. 8. §. 9., daß ein solches Urtheil nichtig gewesen sey. Beydes ist anders heut zu Tage. Nur muß im zweifelhaften Falle wegen der vor ihn streitenden Vermuthung, ein Richter ehender entschuldiget als

vor

vor ſchuldig gehalten werden. L. 132. D. de R. I. pr. I. de obl. quae quaſi ex del. naſc. (IV. 5.) c. 6. X. de renunciat. (I, 9.) c. 23. X. de elect. & electi poteſt. (I. 6.) c. 11. X. de probat. c. fin. X. de iniur. (V. 36.), Reichsabſchied von 1532. §. 17. 18., Concept I. 19. pr. §. 1. 2., III. 63. 13. und 14. Reichsabſchied von 1654. §. 157. Viſitationsabſchied von 1713. §. 1. 8.

*v*) L. 15. 16. D. de iud. dieſem iſt L. 2. D. (XLVIII. 11.) L. 2. C. ad L. Iul. repetund. (IX. 27.) L. ult. D. ad L. Jul. pecul. (XLVIII. 13. L. 15. §. 3. D. ad Sct. Turpill. (XLVIII. 16.) entgegen, nach welchem ſogar binnen einem Jahre vom Todestage des Verbrechers wieder den Erben das publicum iudicium repetundarum wie auch peculatus und de reſiduis Statt finden ſoll. Dieſer Wiederſpruch iſt unerklährbahr.

*x*) L. 2. §. 8. 9. 10., L. 9. §. 8., L. 3. pr. D. de adm. rer. ad ciuit. pert. (L. 8.). Es ſcheinet zwar L. 2. D. quod quisque iur. (II. 2.) entgegen zu ſeyn; allein unſere Gerichtsverfaſſung in Abſtattung der Relationen und Votiren, machet das Guttachten des Referenten, welches einmüthig oder durch die mehreſten Stimmen genehmiget iſt, zur Meynung des Gerichts.

*xx*) C. 6. X. de renunciat. c. 23. X. de elect. et elect. pot.

*y*) Arg. L. 1. C. de praed. et al. reb. min. (V. 71.) L. 2. §. 20. D. vi bon. raptor. (XLVII. 8). Was CICERO de orat. 2. 30. vom Orator ſagt, gilt von einem jeden Rechtsgelehrten, mithin auch vom Richter: quoties cauſa dicenda eſt, toties ad eius cauſae ſepoſita argumenta reuolui nos oportet; ſed habere certos locos, qui, vt literae ad verbum ſcribendum, ſic illi ad cauſam explicandam ſtatim occurrant. Sed hi loci ei demum oratori prodeſſe poſſunt, qui eſt verſatus in rebus vel vſu, quem aetas denique affert, vel auditione et cogitatione, quae ſtudio & diligentia praecurrit aetatem. Nam ſi tu mihi quemuis eruditum hominem adduxeris, quamuis

acrem

acrem & acutum in cogitando, quamuis ad pronunciandum expeditum, ſi erit idem in conſuetudine ciuitatis, in exemplis, in inſtitutis, in moribus ac voluntatibus ciuium ſuorum hoſpes: non multum ei loci proderunt, ex quibus argumenta promuntur. **Und eben daſelbſt** 3. c. 14. Oratori, quae ſint in hominum vita, quandoquidem in ea verſatur orator atque ea eſt ei ſubiecta materies, omnia quaeſita, audita, lecta, diſputata, tractata, agitata eſſe debent.

*z*) DE PVFENDORF de iurisdict. germ. P. I. c. 3. §. 8. 9. **und** P. II. Sect. III. c. 1. §. 220. **und** T. III obſ. 215. §. 63. Schwabenſpiegel c. 80. **Der** Senkenberg. Ausgabe, Sachſenſpiegel B. II. Art. 12. Sogar muſten bey den alten Eigengerichten, welche über Leibeigene und die ihnen beygelegte Güther gehalten wurden, Richter und Schöffen Eigenbehörige nnd Beſizer ſolcher Güther ſeyn. Kopp am angef. Orte Th. I. §. 277. S. 354.

## §. 46.

### Vom verdächtigen Richter.

Verdächtig wird derjenige Richter genannt, von dem man ein ungerechtes Urtheil befürchtet. Es iſt alſo die Einrede des unfähigen Richters [iudicis inhabilis, ſiehe den §. 31. u. vorhergehenden §.] mit der Einrede des verdächtigen Richters [iudicis ſuſpecti] nicht zu vermiſchen. Im römiſchen Rechte iſt allezeit die Rede vom iudice pedaneo *a*) und deſſen Verbittung wird nur vor der Einlaſſung geſtattet, welches jedoch ſo weit einzuſchränken iſt, wenn nicht die Urſache des Verdachtes erſt nach Beantwortung der Klage erwächſet *b*), oder erſt alsdenn in Erfahrung gebracht wird *bb*). Will aber der Kläger den Richter als verdächtig nicht zulaſſen, ſo muß er

ſol-

ſolches vor Anſtellung der Klage bey dem nächſten Oberrichter ſuchen: denn durch die Anſtellung der Klage würde er denſelben als Richter annehmen, und durch den darauf abgegebenen Beſcheid die Rechtshängigkeit eintreten, mithin ohne neue hinzugekommene Urſachen des Verdachts die Sache bey eben dem Richter nothwendig fortgeſezet werden müſſen. Es muß eine rechtmäſige Urſache des Verdachts angeführet werden *c*), und zwar heutiges Tages bey dem Oberrichter, *cc*) und nicht, wie die gemeinen Rechte verordnen, bey dem Schieds- oder dem verdächtigen Richter *d*). Die Verwerfungsſache d. h. der Verdacht muß billig ſogleich beſcheiniget werden. Kann dieſe Beſcheinigung aber überall nicht, oder nicht genüglich beygebracht werden, ſo muß der Eyd [iuramentum perhorreſcentiae], daß man eine unpartheyiſche Juſtiz nicht zu erhalten glaube, angebothen *dd*) und im Obergerichte oder vor einer dazu erbethenen Commiſſion geleiſtet werden. Daß dieſer Verdacht beym Oberrichter anzubringen ſey, iſt hauptſächlich von dem Falle zu verſtehen, wenn der Kläger den ordentlichen Richter als verdächtig übergehen will. Wenn Beklagter die Einrede des verdächtigen Richters vorſchüzet, ſo kann er ſelbige bey ſelbigem zwar anbringen, ſich, wo es nöthig iſt, zum Verwerfungseyde erbiethen, und bitten, ihm dieſen abzunehmen, ſodann aber die Acten an den nächſten Oberrichter einzuſchicken, und wenn dieſes geſchiehet, ſo iſt die Sache in der gehörigen Gleiſe. Daferne aber der ſolchergeſtalt verworfene Richter Bedenken findet, die Einrede zuzulaſſen, ſo muß

er

er sich alles Urtheils darüber enthalten, sondern Statt einer schiedesrichterlichen Untersuchung, die Sache an den nächsten Oberrichter zum fernern Verfahren einschicken. Verwürfe aber der verbethene Richter diese Einrede, so begehet er, als Richter in seiner eignen Sache, unheilbahre Nichtigkeiten. Erhellet der Verdacht aus den Acten, oder ist er sonst hinreichend bescheiniget, so ist der Eyd überflüsig, und kann ohne Misbrauch des heiligsten Nahmens nicht gefordert werden *e*). Die Ursachen des Verdachts werden zwar dem billigen Ermessen des Richters überlassen, doch sind folgende gesezliche Beyspiele zu merken: 1) Wenn der Richter eine vollkommen gleiche Rechtssache mit einem dritten hat *f*). 2) Wenn er mit unserm Gegentheile in gar zu groser Vertraulichkeit lebet *g*). 3) Wenn er von dem Gegentheile oder auch dessen Advocaten im ganzen Vermögen oder in einem Theile desselben zum Erben eingesezet ist *h*). 4) Wenn der Richter mit uns im Proceß befangen oder sonst unser Feind ist *i*). 5) Wenn er mit dem Gegentheile als Ehegatte, Kind, Schwiegersohn, Stiefkind, und in umgekehrter Verhältnis verwandt ist, oder 6) den Gegner in seinem Hause und Diensten hat *k*). 7) Wenn er vorher dem Gegentheile bedient gewesen ist *l*). 8) Wenn er Theil an der Sache hat *m*). 9) Wenn der Richter in einer anderen Sache wieder mich gesprochen hat, und ich von seinem Ausspruche appelliret habe *n*). Ueberhaupt steht 10) das einem Richter im Wege, was einem Zeugen entgegen gesezt werden kann. Ein ganzes Gericht kann nicht leicht recusiret werden, wenn nicht ein

wie-

wieder das ganze Gericht oder den gröſten und angeſehenſten Theil deſſelben in die Augen fallender Verdacht *o*) und ein Oberrichter vorhanden iſt; daher es denn auch vollkommen ausgemacht iſt, daß die höchſten Reichs- und an deren Stelle tretende Appellationsgerichte nicht verbethen werden können, wohl aber einzelne Mitglieder *p*). Der delegirte Richter kann nicht verworfen werden, wenn er vor der Einrede des Verdachts, die ganze Sache einem Subdelegirten aufgetragen, wohl aber, wenn er ſich einige Stücke vorbehalten hat. Nach geſchehener Recuſation kann er nicht weiter delegiren *q*). Auch der Gerichtsſchreiber kann verbethen werden, wenn er verdächtig iſt *r*). Indeſſen, wenn ein RRitterſchaftlicher Canton, welchem eine Sache vom Cammergericht aufgetragen iſt, perhorreſciret wird, ſo wird nur ein Subdelegirter von einem benachbarten Canton zugeordnet *s*). Durch eine ſolche Verbittung des Richters wird der Richter nicht an ſeiner Ehre gekränket, wenn gleich etwas ſchimpfliches darinn liegen ſollte, weil es nicht in der Abſicht ihn zu beſchimpfen, vorgebracht iſt. Der verdächtig gemachte Unterrichter kann zwar bey dem Oberen ſeine Unſchuld darthun; Nie aber muß dieſer mit demjenigen in einen Schriftwechſel gezogen werden, der ihn verbittet und verdächtig machet. Der Richter, welcher als verdächtig verworfen iſt, kann ohne Nichtigkeit über dieſe Einrede nicht hinausgehen *t*).

*a*) L. 32. §. 14. D. de receptis (IV. 8.), L. 9. pr. D. de lib. cauſa (XL. 12.), wo es heiſet: forte ſi cum iudicem inimicum ſibi eſſe adfirmet, L. 12.

16. 18. C. de iud. & Auth. ibid. Die Eigenſchaften des römiſchen iudicis pedanei, ob gleich ſelbiger von den Partheyen erwählet, und vom Prätor, zum Unterſchiede eines bloßen Schiedesrichters beſtätiget wurde, (BACH D. cauſ. coniunct. cor. foro comp. §. 5.) gelten auch von unſeren heutigen in öffentlichen Aemtern ſtehenden Richtern. Daß jene keine Gerichtsbarkeit ausüben, fällt in die Augen.

*b*) c. 20. X. de ſent. & re iud. (II. 27.), L. vlt. C. de ſent. & interl. (VII. 45.), c. 4. X. de except. (II. 25.), arg. L. 17. D. de iud, L. 16. C. ibid., c. 25. X. de O. & P. I. D. (I. 29.).

*bb*) L. 2. 6. 9. §. 2. D. de iur. & facti ignor. (XXII. 6.).

*c*) L. 16. D. de dolo malo (IV. 3.), L. 7. pr. D. de iniur. (XLVII. 10.) Viſitationsabſchied von 1713. p. 67., L. 16. C. de iud., c. 15. C. III. Qu. 5. wo es heiſet: ad cauſas illatas ſibi examinandas. c. 27. §. 5. X. de off. & pot. iud. del. (I. 29.), c. 4. ibid. in 6., c. 4. 10. X. de foro compet. (II. 2.)., c. 61. X. de appellat. (II. 28,), c. 5. X. de exc.

*cc*) PUFEND. Introd. in proc. civ. P. II. c. V. §. 3. und die daſelbſt angeführte Proceßordn. und ſtat.

*d*) L. 16. C. de iud., Auth. ſi vero contigerit ibid., L. 18. C. ibid., Nou. 96. c. 2., c. 39. X. de off. et pot. iud. del. c. 41. §. 1. c. 61. X. de appellat. (II. 28.) c. 2. ibid. c. 4. de off. & pot. iud. del. in 6.

*e*) Dieſer Eyd wird irrig aus dem c. 11. §. 1. de Reſcr. in 6. (I. 3.) hergeleitet. Man müſte dahero das andere Geboth Gottes mit dem Anſehen der Gloſſatoren in die Wageſchale legen, und dieſes vor überwiegend halten, wenn man der Meynung Beyfall geben wollte, daß ſich ein jeder ohne alle angegebene Urſache zum Verabſcheuungseyde erbiethen könnte. Ja es iſt ſolches wieder die ausdrücklichen Worte c. 11. de Reſcr.

in

in 6, als die einzige Stelle, woraus dieser Eyd begründet werden soll: nisi impetrans de praedicto timore ( quem in litteris commissionis — hierunter muß wohl das Commissionsgesuch und nicht das Rescript verstanden werden — exprimere teneatur) primo fidem iudici faciat, saltem per proprium iuramentum. PUFENDORF Introd. in proc. civ. P. II. c. V. §. 3. hält diesen Eyd vor eine Gattung des Erfüllungseydes, und lässet ihn daher nicht ohne Anführung und einige Bescheinigung gegründeter Ursachen, aber auch alsdenn nicht zu, wenn die Verwerfungsursache klahr ist. S. auch LAUTERB. Coll. theor. pract. Lib. XII. Tit. II. §. 42. WERNHER P. 5. obs. 165. de LEYSER sp. 67. cor. 3.

*f*) arg. L. 1. §. 1., L. 3. §, 2. D. quod quisque iur. in alt. stat., arg. c. 35. X. de off. et pot. iud. del. und noch ausdrücklicher im c. 18. X. de iud. (II. 1.), arg. c. 20. X. de test.

*g*) c. 25. X. de off. & pot. iud. del. (I. 29.). c. 50. X. de appell. (II. 28.), L. 19 pr. D. de off. Praef. (I. 18.), Visitationsabschied von 1713. §. 44., Familiarität, Spielen, Einkehren auf Reisen. LEYSER Spec. 67. Med. 1. hält es nicht vor eine hinreichende Ursache der Verbittung des Richters, wenn dessen Sohn der gegentheilige Advocat ist. S. aber Calenberg. Landesordnungen T. II. S. 594. Nach dem speyerischen Deputationsabschied von 1557. §. 34. und Concept I. 5. 18. sollen nicht zwey Brüder Beysitzer und Procuratoren seyn.

*h*) L. 32. §. 14. D. de receptis (IV. 8.), L. 17. D. de iud., L. 9. pr. D. de lib. causa (XL. 12.), c. 41. §. 1. X. de appellat. (II. 28.).

*i*) de LUDOLF de iure cam. P. I. §. 1. p. 12. edit. de 1730.

*k*) L. 5. pr. D. de iniur. Dies fällt aber weg, wenn er beyden Theilen gleich nahe verwandt oder verschwägert ist. L. 67. §. 1. D. de ritu nupt.

(XXIII. 2.) Auch wenn aus seinem Hause Zeugen vorgeschlagen werden c. 3. C. 4. Qu. 4.

*l*) L. vlt D. de test. (XXII. 5.), L. vlt. C. de Aff. (I. 51.), c. 36. X. de appellat. (II. 28.).

*m*) L. 17. §. 9. D. de iniur.

*n*) c. 6. 24. X. de appellat. (II. 28.).

*o*) arg. c. 5. X. de except., c. 4. de off. & pot. iud. del. in 6. (I. 14.), c. 10. X. de foro compet. (II. 2.), arg. L. vn. D. de off. conf. (I. 10.) Rütger Rulandt de commiff. T. I. P. II. c. 15. n. 4. Wenn ein Reichsritterschaftlicher Canton (also ein ganzes Collegium) verbethen wird, so wird die Sache keinem benachbarten Reichsstande aufgetragen, sondern ein benachbarter Canton dem verdächtig gemachten beygegeben, wovon jener den gelehrten, dieser aber den adelichen Subdelegirten ernennet. v. Cramer Wezl. Nebenst. Th. III. n. 1.

*p*) Visitationsabschied von 1713. §. 62. 67. Der Cammerrichter soll auf die Recusationen, wenn sie gegründet sind, gehörige Rücksicht nehmen, und desfalls die Präsidenten, oder einige ältere Beysizer um Rath fragen, oder solches vor das ganze Gericht bringen. Ein Cammergerichtsbeysizer soll sich in Sachen seiner Verwandten, Verschwägerten, worinn er vorhin die Feder geführet, Rath ertheilet, von selbst des Urtheilens und Votirens enthalten. Concept l. 19. 5., und sodann die Sache einem anderen zur Relation gegeben, selbige auch in einem anderen Senate vorgenommen werden, Concept l. XII. 8. u. 15., Reichshofrathsordnung Tit. 1. §. 18., auch sich mit den Partheyen, Advocaten und Procuratoren nicht in Vertraulichkeiten einlassen, nicht bey ihnen wohnen, einen Tisch haben, auch keine Parthey in ihren Dienst nehmen §. 6. 7. Nach der Zellischen Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. 2. §. 7. soll sich ein Rath der Sache von selbst, theils aus

eben

eben denen in dem Concept enthaltenen Urſachen, theils aber auch deswegen enthalten, wenn er mit einem Theile in Feindſchaften ſtehet, oder das vorige Urtheil im Untergerichte mit abfaſſen helfen. Ja er ſoll, ſo oft aus der Sache referiret wird, einen Abtritt nehmen. Wer aber einen Rath verbitten will, ſoll ſolches mit Vermeldung rechtmäſiger Urſachen ohne Unterſchrift dem Präſidenten oder Vicepräſidenten melden, die dann beyde darüber rathſchlagen, und wenn ſie die Urſache auch nur wahrſcheinlich finden, ſoll dem Rath die Sache nicht zur Relation gegeben, oder, wenn ſolches geſchehen, wieder abgenommen, bey völlig ungegründet befundenen Urſachen, oder wenn dadurch nur Verzögerung geſuchet wird, der Angeber geſtrafet werden. l. c. §. 8. und P. II. Tit. XII. §. 3. Das H. A. G. hat beym Könige angefragt, ob das iuram. perhorr. zugelaſſen ſey, und iſt durch das Königliche Reſcript vom 3ten Jan. 1748. in Pufendorfs introd. in proc, civ. P. II. c. V. §. 3. der Ausgabe von 1769. beſchloſſen, daß dieſer Eyd zu Begründung eines Verdachts und Verwerfung eines Referenten bey dieſem Tribunal, (welches daher auf andere Gerichte nicht auszudehnen iſt) nicht Statt haben ſolle.

*q*) c. 5. de O. & P. iud. del. in 6.

*r*) LEYSER Sp. 71. Med. 11. 12.

*s*) von Cramer wezlar. Nebenſt. Th. 3. n. 1.

*t*) BRVNNFM. proc. civ. c. 28. n. 109. ZANGER de except. P. II. c. 4. n. 23.

## §. 47.

### Von den Beyſizern [Aſſeſſoribus].

Ein Gericht darf der Regul nach, ſowohl im ordentlichen als ſummariſchen Proceſſ, ſowohl ſtreitigen als nicht ſtreitigen Gerichtsſachen nicht

aus einer Person bestehen *a*). Dies ist auch sowohl der römischen *a*[r]) als alten teutschen Gerichtsverfassung gemäs; nur konnte der Richter ohne Schöpfen über ganz klare oder keinen Aufschub leydende Sachen urtheilen, die Execution und was sonst blos von der richterlichen Gewalt abhieng, allein verfügen *b*). Ein Archivarius bey einer gräflichen Canzley erhielt den Titul als Rath, sollte sich jedoch in civilibus und Hoheits-Sachen des voti enthalten. Dies war wahrscheinlich desfalls so verfüget, weil sein Vater Hofrath in demselben Collegium war. Daneben sollte der neue Rath alles was ihm vom Collegio aufgetragen würde, ausrichten. Die beyden einzigen Hofräthe waren zum Landtage gereiset. In der Zeit wurde die gräfliche Canzley zur Testamentsaufnahme requirirt, welches dieser Rath nebst dem Secretair aufnahm, ihm aber, daß er nur ein Subaltern sey, ungegründet vorgeworfen wurde. Ein Ueberbleibsel der alten teutschen Einrichtung sind die auf dem Lande, wo die Gerichte mit einer einzigen Person besezet sind, üblichе Baurenschöpfen, Gerichtsleute *c*). Diese, häufig auch die Beysizer in kleinern Städten, sind nur wegen des öffentlichen Glaubens zugegen, unterschreiben die Protocolle aber nicht, haben keine Stimme, und heisen daher stumme Schöpfen. Auch bey Besichtigungen und Testamenten, welche auser dem Gerichtsorte aufgenommen werden, pfleget man sie ebenfalls, um des öffentlichen Glaubens willen, zuzuziehen. Diese haften also auch nicht vor das Versehen der Gerichte, und sind nur wegen ihrer eigenen unrechtmäsigen Handlungen ver-

verantwortlich *d*). Wo aber mehrere Siz und Stimme habende Perſonen bey einem Gerichte beſtellet ſind, da darf einer ohne die übrigen, auſer in eyligen Fällen, oder wo die übrigen zugegen zu ſeyn behindert ſind, nichts beſchlieſſen oder Teſtamente aufnehmen. Dies iſt nahmentlich in hieſigen Landen von den Landbeamten geordnet *e*). Der Regul nach iſt es genug, wenn zwey Drittheil der Mitglieder beyſammen ſind, und das nöthige beſchlieſſen. (*) Wie weit die Verwandtſchaft und Schwägerſchaft einen von dieſem Amt ausſchlieſe, muß aus der Verfaſſung jeden Gerichts abgenommen werden *f*). Wie viel Mitglieder zugegen ſeyn müſſen, wenn in Obergerichten Relationen zu Abfaſſung der Urtheile abgeſtattet werden ſollen, davon habe ich dasjenige, was ſich davon ſagen läſſet, in meinen Grundſäzen von Verfertigung der Relationen §. 70. der neueren Ausgabe angeführet und mit den Stellen der Ordnungen unterſtüzet. Uebrigens gilt von ihren Eigenſchaften und Pflichten eben das, was bey dem Richter geſaget worden *g*). Wie ſich ſelbige bey Abſtattung der Relationen zu verhalten haben, iſt hier nicht auszuführen, und ſind davon die angeführte Grundſäze nachzuſehen. Dieſem ihrem Berufsgeſchäfte müſſen die Beyſizer der höheren Gerichte ſich ganz widmen, und ſich nicht mit Bücherſchreiben und anderen Nebengeſchäften abgeben *h*).

*a*) c. 21. pr. X. de off. & pot. iud. del. (I. 29.), c. 11. X. de prob. (II. 19)., c. 28. X. de teſt. (II. 20.), L. 2. 3. C. de praed. decur. (X. 33.). Die alten Teutſchen erforderten gemeiniglich auſer

dem Richter eilf Schöppen. Kopp von denen geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. I. S. 299.

a[1]) Diese Verfassung erhellet aus dem L. 157. C. Theod. de decur, wo zu allen gerichtlichen Handlungen 5 Personen, 3. Decurionen einem dummvir oder defensor plebis (damit könnten in unseren Städten die Bürger-Vorsprecher, Bürger-Deputirte, Schulze und Vorsteher in den Dörfern verglichen werden) und exceptor publicus (der Protocollist) erfordert wurden.

b) DE PVFEND. de iurisdict. germ. P. I. c. 3. §. 3. u. f.

c) Brummer am angef. Orte c. IX. §. 14. u. f. nennet Landschöpfen diejenige, welche die Executionen verrichten und die Güther schäzen. Diese heisen im Hessischen Landbeeeirer; hier im Lande Obervögte; im Meklenburgischen Executor. Dorfschöppen nennet er diejenigen, welche auf dem Lande geringfügige Frevel bestrafen. Allein dies schläget in eine Gemeinheitsgerichtsbarkeit aus, welche nicht immer zustehet. Endlich nennet er Feldschöpfen, Untergänger, welche zu Gränz Feld- und Waldbesichtigungen bestellet sind Kopp a. a. O. Th I. §. 242. S. 318 hält davor, daß die im cassellisch. Amte sizende Gräben und der Landbereuter als ein Ueberbleibsel des ehemaligen Frohnbotengerichts anzusehen seyen. v. Cramer in Wezl. Nebenst. Th. II. n. 2. führet Beyspiele an, daß Leibeigene dazu genommen sind.

d) LEYSER Sp. 70. med. 4. behauptet das Gegentheil, jedoch sollen sie die Landesgeseze und Observanzen wissen; wissen die aber Bauren und Handwerkslentt? und doch behauptet er Sp. 680. med. 40. die Unwissenheit der Rechte entschuldige dergleichen Schöffen.

e) Calenbergische Canzleyordnung Tit. 38. §. 2. Amtsordnung von 1674. §. 2., in den calenbergischen Landesordnungen Th. IV. c. V. S. 20. Hiermit lässet sich nicht vereinigen, was Struben

Th. II. Bed. 51. behauptet, daß ein Amtmann ohne Unterschied ein Testament aufnehmen könne. Wenn es aber auch zweifelhaft wäre, so ist es doch wohl die sicherste Meynung, solche wichtige Handlungen nicht auf eines Menschen Glauben ankommen zu lassen. Die Rechtslehrer hat HEESER de act. iud. c. 1. n. 44. u. f. angeführet. LEYSER Spec. 71. Med. 4-6.

*) L. 46. C. de decurion. (X. 31.) L. 3. D. de decret. ab ord. fac. (L. 9.)

f) Nach dem speyerischen Deputationsabschied von 1557. §. 34., Concept l. 5. 18. soll kein Cammergerichtsbeysizer und Procurator Gebrüder seyn, noch weniger also können zwey Brüder Beysizer seyn.

g) Sehr bemerklich sind die Worte, welche Brummer de scabinis c. 7. §. 7. aus den capitular. Caroli M. anführet: vt scabini, quales meliores inueniri possunt, & Deum timentes constituantur ad sua ministeria exercenda. Cum comite & populo eligantur mansueti & boni.

h) Concept Th. I. Tit. 7. pr. Tit. 19. §. 3., hessische Oberappellationsgerichts-Ordnung Tit. 5. §. 8.

## §. 48.

### Von dem Gerichtsorte, und der Sizung des Gerichts.

Nicht allein nach römischen Rechten muß alles, was Untersuchung erfordert, an der ordentlichen Gerichtsstelle und bey ordentlich versamletem Gericht vorgenommen werden *a*), sondern die alten teutschen Völker hielten ebenfalls ihre ordentliche Gerichte unter freyem Himmel, aber doch an einem zur gerichtlichen Versammlung bestimmten und besonders dazu befreyeten Orte *b*), und zwar zur frühen Tageszeit und nüchtern *c*). Man hatte gewisse Tage und davon hat der Dinstag

[Dingstag] seine Benennung. Wer auserdem zu klagen verlangte, muste sich ein Gericht kaufen, d. h. vor eine auserordentliche Zusammenkunft der Gerichtspersonen bezahlen. Diese auserordentliche Belohnung wird heut zu Tage nur bey Gerichtsdeputationen entrichtet. Auserordentliche Zusammenberufungen des Gerichts sind in eyligen Sachen weniger gebräuchlich, als die Ertheilung eines schriftlichen Gutachtens, welches mittelst eines verschlossenen Umlaufes von jedem Stimme habenden Beysizer in seinem Hause gefordert wird. Die förmliche Hegungen der Gerichte geschahen hauptsächlich in der Absicht, damit Friede am Gerichtsort und Achtung vor das Gericht bewürket wurde; welches Schwäche der Verfassung anzeiget, und heut zu Tage nicht mehr nöthig ist. Jezo haben alle Obergerichte festgesezte Tage, wenigstens Diäten, da sich das Gericht versamlet, und eigene Rathstuben, so wie die Untergerichte ihre Amts- oder Gerichtsstuben und festgesezte Gerichtstage. Ein jeder muß sich um die zur Gerichtssizung bestimte Zeit einfinden, und bey eintretenden Verhinderungen sich bey dem Vorsizenden entschuldigen, und hierinn die gebührende Bescheidenheit gebrauchen. In mehreren Obergerichten sind Strafen darauf gesezet, wer sich zu spät in der Gerichtssizung einfindet *d*). Der Regul nach müssen wenigstens $\frac{2}{3}$ der Gerichtspersonen bey einander seyn; es muß jedoch die Verfassung der Gerichte zu Rathe gezogen werden *e*). Ein Gerichtsherr kann die Gerichtssizungen nicht zur Beschwerde der Unterthanen an andere entlegene Oerter verlegen. Z. E. wenn einer schon ein Guth mit Gerichs-

richten hat, hernach ein anderes bekommt, wobey ebenfalls Gerichte sind, und er will beyde an einem Orte halten lassen, wodurch die Unterthanen des einen Guthes weite Wege zum Gerichte zu thun genöthiget würden. *f*).

*a*) L. 3. §. 8. D. de B. P. (XXXVII. 1.), Nou. 82. c. 3. L. 4. §. 8. D. de damno inf. (XXXIX. 2.).

*b*) DE PVFEND. T. III. obs. 215. §. 65., Kopp von denen geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. 1. §. 331. Brummer führet aus dem Lands- und Lehnrecht c. 7. §. vlt. die Stellen an: die Schöffen sollen haben sunder Benk oder Stul da sie uff sizend. — sy sollen Urtheil sizend finden. — Wer Urtheil spricht der mag sie mit Recht sizend finden — wer Urtheil verwirft soll uffstahn. Auf diese alte teutsche Gewohnheit zielet die Clem. saepe de V. S. in den Worten: stans vel sedens proferat.

*c*) Brummer l. c. führet aus eben der Quelle an: Urtheil sollen sie fastend finden über vegkliches Menschen Lyb. — Und wer einen Bissen isst, und Urtheil über die Leut spricht, er wird vor Gott schuldig an den Menschen. — Uber achtzehn Wochen allemahl soll der Grav sein Geding hägen, ausserhalb an den gebundenen Tagen an der rechten Dingstadt. — Gerichts sollen warten alle die dingpflichtig sind zu dem Gericht von der Zeit an da die Sonne aufgehet, bis zu Mittag.

*d*) Wer beym Cammergericht ohne Entschuldigung unter einer Stnnde ausbleibet, muß die Bazenstrafe, wer aber über eine Stunde ausbleidet, einen Gulden, und wer die Session ganz ausbleibet, muß die Hälfte der Besoldung eines Tages erlegen. Concept I. 21. pr. §. seq. Visitationsabschied von 1713. §. 40.

*e*) L. 2. 3. de Decretis ab ord. fac. (L. 9.).

*f*) c.

*f*) c. 7. X. de exc. vbi: non vltra duas diaetas, arg. L. 3. C. de defensor. civit. (I. 55.) von Senkenberg in der Diss. praelim. (beym ZANGER) c. 4. n. 4. nennt dieses exc. loci inconsueti, welche sogar in älteren Zeiten dem Kayser Karl IV. entgegen gesezet worden.

## §. 48. *a*)

### Von Ferien.

Unter Ferien werden diejenigen Tage und Zeiten verstanden, in welchen keine Gerichtssachen vorgenommen werden. Sie werden in die gewöhnlichen (solennes) und in die auserordentlichen (repentinae) eingetheilet. Beyde sind entweder dem Gottesdienst gewidmete, oder aus weltlichen Ursachen vom Gerichtsgange ausgenommene Tage und Zeiten. Unter erstere gehöret der Sonntag, auch bey den Juden der Schabbes und übrige Festtage *), die gefeyerte Fest- und festgesezte Bustage sowohl, als diejenige so auserordentlich angesezet werden. Was im L. 2. C. de fer. (III. 12.) von den 7 Tagen vor und nach Weynachten, Epiphanias, Ostern, und anderen Ferien vorgeschrieben auch daß im L. 3. C. ibid. die Besorgung der Feldarbeit an Feyertagen, (freylich sehr vernünftig) gestattet ist, betrift die damahlige kirchliche Verfassung, und davon weichen unsere heutige Gerichts- und Kirchenordnungen ab. Im c. 3. X. de fer. ist zwar der Heeringsfang, (weil dieser Fisch ziehet, und folglich die Zeit in Acht genommen werden muß) an Feyertagen, jedoch nur unter der Bedingung, gestattet, daß den benachbarten Kirchen und Armen davon mitgetheilet werde. Die Gott geheiligten Tage werden nach dem päbst-

lichen

lichen Rechte von einer Vesper zur andern *a*), andere Tage aber von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet *b*). Nach dem heutigen Gebrauche aber rechnet man die Feyertage mehr vom Morgen bis zur Nacht. An diesen gefeyerten Tagen kann indessen 1) alles was keinen Aufschub leydet *c*), folglich auch Einwendungen der Rechtsmittel, welche mit diesem Tage ablaufen würden *d*), 2) der Vergleichs-Versuch, als etwas heilsames *e*) und 3) nach römischen Rechten Freylassung aus der Knechtschaft und väterlichen Gewalt *f*), als ebenfalls begünstigte Handlungen, wovon aber nicht auf alle Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit zu schliesen ist, vorgenommen werden. Die Nothfristen der Rechtsmittel laufen indessen während der Gott geheiligten Feyertage fort. Alles übrige, was auser diesen ausgenommenen Fällen in gerichtlichen Handlungen vorgenommen wird, ist unheilbahr nichtig *g*). Die aus weltlichen Ursachen eingeführte Ferien sind entweder Erndte-*h*) Weinlese-, Mess-, Jahrmarkts-, u. d. g. Ferien. An diesen können zwar auch summarische Sachen, Behändigungen der Ladungen, wenn nur selbige auf würkliche Gerichtstage gestellet sind, nicht aber Sachen des ordentlichen Processes wider Willen der Partheyen vorgenommen werden. (summar. Proc. §. 5. not. i)

*) L. 13. C. de iudaeis.

*a*) c. I. X. de fer. (II. 9.).

*b*) L. 8. D. de feriis (II. 12.).

*c*) L. 10. C. de fer. (III. 12.). Selbst der Heyland erlaubet den Ochsen oder Esel so in den Brunnen gefallen, am Sabbath heraus zu ziehen.

*d*) arg.

*d*) arg. L. 1. in fin., L. 3. D. L. 1. C. de fer. BRVNNEM. in Comment. ad C. ad h. L.

*e*) L. vlt. C. de fer. c. vlt. X. ibid.

*f*) L. 2. C. ibid.

*g*) L. 7. und f. C. ibid., L. 2. C. de iudaeis.

*h*) Diese dauren in hiesigen Landen nach der Verordnung vom 16ten April 1712. vom 21ten Julius bis zum 22ten August.

## §. 49.

### Von Secretarien und Actuarien oder Gerichtsschreibern und von Protocollen.

Von allen Subalternen des Gerichts ist zu merken, daß sie die Geheimnisse des Gerichts bey sich behalten müssen *a*), und wenn sie in ihrem Amte Schaden zufügen, so muß das Gericht am Ende mit davor haften *b*). In alten Zeiten heisen die Secretarien oder Actuarien, Gerichtschreiber, Landschreiber, Amtschreiber, Stadtschreiber. Beym Cammergerichte heisen sie Notarien, und der älteste, Protonotarius. Das Amt eines Secretärs, oder wie man ihn sonst nennet, bestehet darinn, die Bescheide, Rescripte, Schreiben, nach dem vom Referenten angegebenen Hauptinhalte zu entwerfen, zur Unterzeichnung vorzulegen, die Abschrift mit dem Aussaze zusammen zu halten, woferne dieses nicht dem Botenmeister überlassen ist; sich zu mündlichen Beschickungen und Versiegelungen gebrauchen zu lassen; hauptsächlich aber dasjenige, welches im Gerichte vorfällt, getreulich und umständlich niederzuschreiben *c*). Ein Advocat darf in denen Sachen, worinn er bedienet gewesen, wenn er hernach Actuarius wird, nicht

nicht protocolliren *d*). Von der Abfassung eines Protocolls sind folgende Vorschriften zu merken: 1) Alles was in streitigen Partheysachen im Gerichte zur Sache gehöriges vorgetragen wird, muß von einer dazu eydlich verpflichteten Person niedergeschrieben werden *e*). Wenn der Richter oder Beysizer zugleich auf das Protocoll beeydiget sind, so können auch diese ein gültiges Protocoll abfassen, welches bey adelichen Gerichtshaltern und Beamten auf dem Lande täglich geschiehet *f*). Wäre ein Protocoll von einer unverpflichteten Person verfasset, so kann selbiges annoch eydlich bestätiget werden *ff*). 2) Ohne allgemeinen oder besonderen Auftrag des Gerichts darf kein Protocoll vom Secretär allein aufgenommen werden. 3) Muß der Regul nach das Protocoll in der Sizung des Gerichts, sonst aber doch in Gegenwart der zu der mündlichen Vernehmung Abgeordneten, und nur alsdenn blos von dem Gerichtsschreiber verfertiget werden, wenn es ein wenig beträchtlicher Vorfall ist *g*). Es ist kaum nöthig zu berühren, daß niemand in seiner eigenen Sache, wo es darauf ankommt, sich zum Vortheil etwas niederzuschreiben, ein glaubhaftes Protocoll führen könne, so wenig als jemand Richter oder Zeuge in seiner Sache seyn kann. Wohl aber gilt das Protocoll, wenn der Inhalt wider ihn oder das Gericht gelten würde h). In Ansehung der äuserlichen Form ist 4) gleich Anfangs der Ort, das Gericht, Tag und Jahr, (Art. 187. seq. C. C. C.) unterweilen, wo es darauf ankomt, Stunde und Viertelstunde — Actum oder: Geschehen N. im fürstlichen N.schen Hofgerichte den u. s. w.

s. w. — dann 5) die gegenwärtigen Mitglieder des Gerichts, welche Siz und Stimme haben [also nicht die Auditoren oder der Protocollist selbst] i), 6) die Aufschrift der Sache [rubrum causae] voraus zu sezen. Ist es eine streitige Partheysache, worinn bereits auf die Klage geantwortet ist, so heiset es: In Sachen ꝛc. Ist es aber der Vortrag der Klage in einer summarischen mündlich zum Protocoll vorgebrachten Sache, so wird gesezet: Es erschien Cajus Kläger — und brachte — wider — Sempronius Beklagten — klagend vor: ꝛc. Ist es eine freywillige Gerichtshandlung, so muß der Gegenstand zur Aufschrift dergestalt vorausgesezet werden, daß selbiger recht in die Augen fällt und mit einem Blicke ersehen werden kann, zu was vor einer Sache dieses Protocoll gehöret. Z. B. die von dem P:schen Vormunde gesuchte Einwilligung zur Veräuserung des Hauses betreffend. 6) Alle Protocolle und gerichtliche Concepte werden auf gebrochenes Papier und billig auf die erste Spalte des gebrochenen halben Bogens geschrieben, damit man ein Wort, welches sonst abgetheilet werden müste, noch auf die übrige Spalte schreiben, auch wenn es die Sache erfordert, mit Bequemlichkeit Summen auswerfen könne. Bey Concepten, welche den Obern zum Durchsehen vorgeleget werden sollen, bringet es ein übertriebenes Ceremoniel mit sich, die erste gebrochene Seite vor die Zusäze des Oberen weis zu lassen. 7) Nur in wenigen Gerichten wird der Vortrag in der ersten Person, in den mehresten übrigen Gerichten in der dritten nieder geschrieben. 8) Soviel thunlich ist, müs-

sen

sen keine Zusäze oder Durchstreichungen, welche den Sinn des Protocolls änderen könnten, durchaus aber nicht nachher, wenn die Partheyen einen Abtritt genommen haben, gemachet werden. 9) Worte, auf die es besonders ankomt, werden eingerücket, mehrere Summen aber, die zusammen gezogen werden sollen, auf die weise Spalte ausgeworfen. 10) Jeder Klagepunct, jede Einrede, wird billig mit einer fortlaufenden Ziffer oder Buchstaben; die einzelne Gründe aber unter jedem dieser Puncte, gleichfalls mit einem Buchstaben oder Ziffer unterschieden, auch die beygebrachte Urkunden mit Ziffern oder Buchstaben bemerket, und da, wo sie beygebracht sind, auf dem Rande ausgesezet. Auch ist es zum geschwinden Wiederauffinden zuträglich, einen jeden vollständigen Gedanken mit einer frischen Reyhe anzufangen. 11) Ein jedes Protocoll wird damit geschlossen, actum vt supra [geschehen wie oben]. Man würde sonst einen abgebrochenen Vortrag von einem vollendeten nicht unterscheiden können. Daß man es in vielen Gerichten an diesem Schlusse des Protocolls fehlen lässet, ist ein unleydlicher Misbrauch und Uebelstand. 12) Unterschreibet die im Gerichte gehaltene Protocolle in bürgerlichen Sachen blos der Protocollist. Protocolle in peinlichen oder Commissionssachen unterschreiben sämtliche gegenwärtige Mitglieder, z. B. in fidem [zur Beglaubigung] N. wobey häufig der Protocollist sein Amt ausdrücket: Secretarius, Actuarius, Auditor, wenn dieser nähmlich auf das Protocoll beeydiget worden. Vom wesentlichen Inhalte des Protocolls sind folgende Vorschrif-

ten zu merken: 13) Der Eingang des Vortrages muß von der Veranlassung hergenommen, folglich der Bescheid, wenn dergleichen ergangen, angeführet werden, worinn auf heute Termin angesezet worden, wobey auch die Absicht des angesezten Termins anzuführen ist: z. B. In dem mittelst Bescheides vom :c. zum Versuch der Güte und in deren Entstehung zum rechtlichen Verfahren angesezten Termin erschienen 2c. Hier ist ein vor allemahl zu merken und strenge darüber zu halten, daß wenn etwas vorgebracht wird, so zur Absicht des heutigen Termins offenbahr nicht gehöret, solches den Partheyen mündlich bedeutet, und dergleichen Vortrag gar nicht niedergeschrieben werden muß. Ist eine Sache schon im Rechtsgange, so muß nichts auser der Ordnung des Processes zu Protocoll genommen, sondern eine solche Parthey zum schriftlichen Vortrage, wenn die Sache im ordentlichen Proceß, und schriftlich verhandelt ist, verwiesen werden *k*). Wenn hingegen keine Veranlassung des Protocolls, wie z. E. bey einer summarischen zu Protocoll gegebenen Klage, vorhergehet, so wird ohne allen Eingang gleich mit dem Vortrage selbst angefangen. 14) Nach dem Eingange wird umständlich bemerket, wer von den Partheyen, oder wer in deren Nahmen, oder als Beistand, erschienen ist. Hierbey ist zu prüfen, ob es von rechtlicher Würkung sey, wenn zwischen denenjenigen, welche erschienen sind, die Sache weiter verhandelt werde, sonst müssen diejenigen vorgeladen werden, deren Gegenwart zu der vorseyenden Handlung erforderlich ist, oder es ist auf Beybrin-

bringung hinreichender Vollmacht, wenigstens auf Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung zu dringen. 15) Eine jede Geschichte ist mit besonderer Genauigkeit, ohne sich jedoch knechtisch an die eigenen Worte zu binden, niederzuschreiben *l*). In dieser Absicht müssen die mit erschienene Fürsprecher oder Sachwalter sich vorher von der Geschichte umständlich unterrichten, und selbige deutlich, vollständig, ordentlich, vortragen. Der Vorsizende muß auf die Thatumstände vorzügliche Achtung geben, und dem Protocolliſten die Puncte zum Protocoll an die Hand geben, ohne ihm jedoch selbige von Wort zu Wort vorzusagen. Eben so wenig ist den Fürsprechern und Anwälden zu gestatten, daß sie dem Protocolliſten den Inhalt von Wort zu Wort vorsagen, obgleich selbiges in vielen Gerichten gestattet wird. Ist der Vortrag zu verworren, und forderte derselbe zu viel Zeit, um selbigen gehörig zu Protocoll zu fassen, so kann man die Partheyen anhalten, selbigen durch einen Fürsprecher schriftlich entwerfen zu lassen. Soll aber ein nicht ganz leichter Vortrag zu Protocoll genommen werden, so muß entweder der Vorsizende oder der Protocolliſt vorher, ehe er das Protocoll zu schreiben anfänget, aus dem mündlichen Vortrage das wesentliche mit ein paar Worten auf ein besonderes Blatt anmerken, hernach den Fall überdenken, zu welcher Klage oder Einrede ꝛc. dieser Vortrag gehöre, alsdenn aber die offenbahr dazu nicht gehörige Umstände übergehen, die mangelende von der Parthey annoch angeben, die dunkelen und unbestimten aber vorher näher bestimmen lassen. Wenn man nun so die Sache erst

deutlich und zusammenhängend denket, so ist der Vortrag viel geschwinder und richtiger zu Protocoll zu fassen, als wenn man eine nicht deutlich gedachte Geschichte niederzuschreiben anfängt, und hernach vielleicht das ganze Protocoll wegwerfen, oder doch vieles änderen muß. Wenn mehrere Kläger zugleich reden, oder der gegenwärtige Beklagte ohne Unterlas dem Kläger in die Rede fällt, so daß man aus dem Hin- und Wiederreden keinen zusammenhangenden Vortrag fassen kann, so befiehlet man mehreren Klägern, daß nur einer rede, und dem Beklagten, daß er, bis er zur Antwort aufgefordert werden würde, schweige. Wenn dies nicht helfen will, so müssen diejenigen, so nicht schweigen können, einen Abtritt zu nehmen angewiesen werden, mithin derjenige allein in der Gerichtsstube vernommen werden, welcher den Vortrag zu thun hat. 16) Nach vollständig niedergeschriebener Geschichte kann man von gemeinen Leuten, welche ohne Advocaten erschienen sind, nicht verlangen, daß selbige den Klagegrund und die Bitte richtig fassen sollen. Den ersten muß der Richter zu finden wissen. In Ansehung der lezteren wird der Kläger gefraget, was er wolle, das erkannt werden solle, und dabey stehet dem Richter allerdings zu, ihm dasjenige abzufragen, was er auser dem von ihm angezeigten zu verlangen berechtiget wäre. 17) Komt die Reyhe an die Antwort des Beklagten, so muß alle Sorgfalt dahin verwendet werden, daß derselbe auf alle Umstände einzeln, unumwunden, ohne Anhang antworte, seine Einreden aber jede besonders nach den Thatumständen eben so deutlich,

lich, ordentlich und vollständig, wie eine Klage, vorbringe, und dieses alles muß sodann so kurz und faslich, wie es nur ohne Undeutlichkeit geschehen kann, niedergeschrieben werden. Damit nun der Fürsprecher des Gegners Vortrag vollständig aus dem Stegereife beantworten könne, so ist nöthig, daß er das wesentliche in eine Schreibtafel anzeichne, und was gesaget werden muß, ebenfalls mit ein oder ein paar Worten, als eine bloße Gedächtnishülfe aufzeichne, um nichts zu vergessen, und doch den Vortrag in guter Ordnung zu thun *m*). 18) Mit Replic und Duplic ist auf eben die Art fortzufahren. 19) So wie ein Saz des einen oder anderen Theils bis zu Ende niedergeschrieben ist, wird selbiger laut vorgelesen, damit selbiger allenfalls berichtiget und dem Gegentheil zur Beantwortung bekannt gemachet werde. 20) Die Vorlesung und Genehmigung des Inhalts ist am Ende jeden Protocolls mit wenig Worten zu bescheinigen *n*). Z. E. vorgelesen und genehmiget. 21) Wenn ein oder anderer Theil etwa Anzüglichkeiten ausstöset, sollte es auch nur ein bloses Lügenstrafen seyn, so muß dieses, und zwar die eigentlichen Worte, niedergeschrieben, und sofort die gebührende Ahndung zum Protocoll festgesezet werden. 22) Ein solches Protocoll hat so lange völligen Glauben, bis das Gegentheil durch zwey unverwerfliche Zeugen oder untadelhafte Urkunden bewiesen wird *o*). Ein halber Beweis und die Eydeszuschiebung hat wieder ein Protocoll keine Statt, weil der gerichtliche Glauben, welcher sich ebenfalls auf einen geleisteten Eyd gründet, durch den Eyd eines privat-Mannes nicht aufgehoben wer-

werden kann. Einem beeydigten Gerichtschreiber einen Eyd über das Protocoll zuschieben, heist nichts anders als eine unnüze Wiederholung des Eydes *p*), den er schon bey Antretung seines Amtes geschwohren hat.

*a*) N. 82. c. 6. §. 1.

*b*) d. N. 82. Nach der zellischen Oberappellationsgerichtsordnung l. 3. 1. muß der Protonotarius, nach dem Vicepräsidenten, auf alle Canzleybediente und deren Verrichtungen die Aufsicht führen, damit alles in seiner Ordnung gehe.

*c*) Concept l. 39. und folgende Titul, zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 3. 1. §.

*d*) LEYSER Spec. 71. med. 13., arg. L. 17. D. de iurisd. (II. 1), L. 25. D. de test. (XXII. 5.), c. 36. X. de appell. (II. 28.).

*e*) c 11. X. de probat. (II. 19.), L. 22. D. de test. (XXII. 5.), L. 3. C. de sent. ex peric. recit. (VII. 19), Auth. nisi breues ibid. Nou. 82. c. 5., Clem. saepe de V. S. -- actis tamen continuo -- inserenda Art. 181. u. f. der P. H. G. O.

*f*) CARPZ. im Proc. tit. 2. art. 4. n. 50. BERGER El. Disc. for. tit. 2 obs. 4. nota 1. 2. 3. lassen dieses nur im Nothfalle in geringfügigen und summarischen Sachen, bey den freywilligen Gerichtshandlungen zu.

*ff*) LEYSER Spec. 71. med. 8. u. f.

*g*) Notar. Ordnung im Eingange §. 6. in denen Worten: zu Zeiten einer solchen Handlung, und nicht einer anderen Zeit.

*h*) Arg. L. 1. 2. D. de Off. Praet. (I. 14.), L. 2. D. de Off. Praef. (I. 18.), L. 3. 4. D. de adopt. (I. 7.), L. 18. 20. §. fin. de manum. vind. (XL. 2.), L. 33. 34. §. 1. D. de R. C. (XII. 1.), Zellische O. A. G. gemeine Bescheide n. 13., L. 10. D., L. 10. C. de test.

*i*) Cam-

i) Cammerger. Canzleyordnung von 1662. §. 10. c. 11. X. de prob. (II. 19.).

k) Rec. Dep. von 1600. §. 112.

l) Conc. I. 35. 15. u. l. 41. 15. Vis. Absch. von 1713. Memor. dem Canzl. verw. zuzust. §. 6. Die eigenen Worte beyzubehalten, ist, auser wo es gerade auf gewisse Worte ankommt, deswegen nicht nöthig, weil die Vorlesung und Genehmigung eben soviel würket, als wenn gleich anfänglich die eigenen Worte niedergeschrieben wären. Durchgehend ist es auch nicht einmahl thunlich.

m) Qui facultatem ex tempore dicendi non erit consecutus, mea quidem sententia ciuilibus officiis renunciabit, & solam scribendi facultatem potius ad alia opera conuertet, — — In hoc genere prorsus recipio hanc breuem annotationem libellosque, qui manu teneantur & ad quos interim respicere fas est. Quinctil. X. 7. 31.

n) Visitationsabschied von 1713. §. 27. Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen. Notar. Ordn. pr. §. 13.

o) L. 10. D. de probat. (XII. 3.), L. 6. C. de re iud. (VII. 52.), c. 10. X. de fide instrum. Die Nov. 73. c. 3. redet von schlechten Handschriften. Struben rechtl. Bed. Th. 3. Bed. 13. Nur müssen keine andere wesentliche Mängel vorhanden seyn.

p) Gleichwohl behauptet die Zulässigkeit dieses Eydes Struben Th. I. Bed. 134. gegen das Ende. Th. II. Bed. 52. § 2. BERGER El. Disc. for. ad Tit. 18. Obs. III. LEYSER Sp. 71. Med. 14. 15. verlanget drey und mehr Zeugen nach dem L. 10. D. de probat. um den Glauben eines Protocolls anzufechten.

## §. 50.

### Von Registratoren und der Gerichtsregistratur.

Kein Gericht oder anderes Collegium welches öffentliche Geschäfte zu besorgen hat, kann ohne eine ordentlich eingerichtete Registratur, worinn alle vorhergehende Acten leicht aufzufinden, bestehen *). Der Registrator [beym Cammergericht heisen sie Leser und die Gerichtsregistratur Leserey] ist derjenige, welchem die Berwahrung und Ordnung der Gerichtsacten aufgetragen ist. Dessen Amt bestehet, auser der allen Gerichtspersonen obliegenden Verschwiegenheit, in richtiger Sammlung, Verwahrung und Ordnung der Actenstücke. Nach der alten Gerichtsverfassung wurde alles nur mündlich zum Protocoll verhandelt. Davon rühret es her, daß man noch in manchen Untergerichten alle Protocolle nach der Zeitordnung in ein eingebundenes Buch schreibet, welches eine äuserst unbequeme Einrichtung ist. Bey dem Cammergerichte wird die erste Klageschrift dem Cammerrichter oder Präsidenten überreichet. Dieser muß auch angegangen werden, wenn eine alte lange stille gelegene Sache wiederum angereget werden soll, damit ein Referent darin ernannt werde. Die nachherigen Schriften müssen in den Audienzen in verschiedenen Ordnungen übergeben werden. Ordo terminorum, oder in praefixis, ist der Uebergebung der auferlegten schriftlichen Handlungen bestimmet *a*). Ordo sententiarum *b*): sind diejenigen Vorträge, worinn dasjenige vorgebracht wird, was zur Befolgung der ausgesprochenen Urtheile, oder wenn hierzu Fri-

sten

ſten erbethen werden ſollen, gehöret. Ordo reproductionis faſſet diejenigen Vorträge, wodurch die auſergerichtlich erlangte Proceſſe in der zum erſcheinen angeſezten Friſt, wozu noch 6 Gerichtstage gezählet werden, gerichtlich mit Beſcheinigung der Ladung wieder vorgezeiget werden. Ordo fiſcalis iſt nicht mehr im Gebrauch, nur hat der Fiſcal vor allen anderen Procuratoren den Vortrag. Ordo nouarum iſt denen ſich zugetragenen Veränderungen, die bey einer Sache vorfallen, und denen Geſuchen, wobey Gefahr durch den Verzug bevorſtehet, gewidmet; nur muß dieſe Gefahr würklich gegründet ſeyn, ſonſt wird der Procurator desfalls geſtrafet, daß er eine ſolche Sache in dieſer Ordnung vorgebracht hat. Was nun in gedachten Audienzen vorgehet, wird in ein Protocoll gefaſſet, und daraus iſt das ſogenannte Protocollum actorum generale [termini protocollares] entſtanden *c*). Dieſe Ordnungen der Vorträge ſind zwar in der calenbergiſchen Hofgerichtsordnung Tit. 8. wiederholet, aber bey ſelbigem nicht gebräuchlich und würklich zweckwiedrig. Beym Reichshofrath werden die Schriften Montags, Dienſtags, Donnerſtags und Freytags dem Thürhüter übergeben, welcher ſelbige dem Präſidenten zuſtellet, der den Tag der Uebergabe darauf ſchreibet und ſodan ſelbiges dem Protonotarius hingiebet, um ſelbiges in das protocollum rerum exhibitarum einzutragen *d*). In anderen Gerichten werden die Schriften einem Regiſtrator, Botenmeiſter, kurz einem dazu beſtellten Subalternen zu jeder Tageszeit, ſowohl in dem Gerichte, als in ſeiner Wohnung überreichet, welcher den Tag,

Monath und Jahr der Uebergabe [praesentatum] auf der Rubrik, sowohl auf dem Original als auf der Abschrift, sezet, und selbiges in das Productenbuch einträget. Ist es nun die erste einlaufende Schrift oder die Klage, so muß diese dem Vorsizenden auf seine Stelle vorgeleget werden, um in dieser Sache einen Referenten zu ernennen, welchem selbige sodann zugeschickt wird *e*), um den Vortrag zu Abfassung des Bescheides daraus zu thun. Wenn aber einmahl ein Referent in dieser Sache ernannt ist, so müssen alle nachher einlaufende Schriften, wenn sie in das Productenbuch eingetragen sind, ihm mit den bisherigen Acten ins Haus geschicket werden, um selbige mit den vorigen Acten zusammen zu halten, und den Vortrag daraus zu thun *f*). Was nun einmahl zu den gerichtlichen Acten geliefert ist, muß nie anders als auf Erkänntnis des Gerichts und nach zurückbehaltenen beglaubigten Abschriften den Partheyen oder hierzu bevollmächtigten Anwälden zurückgegeben werden. Ein Anwald, welcher die Urkunden vorhin zu den Acten übergeben hat, ist auch muthmaslich berechtiget, selbige wieder zurück zu nehmen. Derjenige nun, welcher die Urkunden zurück empfängt, es sey der Gewaltgeber, oder der Bevollmächtigte, muß entweder den vom Registrator darüber ertheilten Schein mit der Bekänntnis über den Empfang, oder einen besonderen Empfangsschein zu den Acten legen *g*). Ist die Urkunde wegen einer Verfälschung verdächtig, oder hat selbige sichtbahre Mängel an sich, so muß sie bey den Acten bleiben, und findet die Zurückgabe vorerst überall

nicht

nicht Statt *h*). Es muß aber kein Präſentatum auf einen vorgezeigten unvollſtändigen Aufſaz geſchrieben werden. Sobald nun das nöthige auf die Klage ausgefertiget iſt, müſſen die Actenſtücke gemeiniglich nach der Bogenlänge *i*), hin und wieder aber in Quart zuſammengeleget, jedes Stück mit einer Ziffer verſehen, ein Umſchlag von ſtarkem Papier (pallium actorum) darum gelegt, die Rubrik auf ſelbigen geſchrieben werden *k*), welche am ſchicklichſten tief unten auf den Bogen *l*) geſezet wird. Sobald mehrere Stücke entſtehen, müſſen in vielen Gerichten die Acten geheftet werden, wovor etwas bezahlet wird *m*). Die bequemſte Art die Acten zu legen iſt in Bogenlänge und ungeheftet. Der Referent kann auf dieſe Weiſe durch Blättern leichter ein Stück oder Stelle wieder finden, ſo er nochmahls anzuſehen nöthig findet. Auch wenn mehrere Riſſe Stammbaume und andere Stücke gegen einander gehalten, oder zur mehrmahligen Einſicht vor Augen gelegt werden müſſen, iſt es bequemer, wenn die Acten nicht geheftet ſind. Der unordentliche Mann, bey welchem einzelne Actenſtücke verlohren gehen können, kann auch ganze geheftete Actenbände verſchmeiſſen. Die in Quart zuſammengelegte Acten, auſer daß ſie unbequemer zum nochmahligen Durchſehen ſind, und ſtarke Stücke beym Leſen leicht durch einander fallen, nehmen auch noch einmahl ſoviel Plaz in der Regiſtratur ein als die Acten in Bogenlänge. Wo nun kein allgemeines Actenprotocoll gemachet wird, da muß nun auch das Actenverzeichnis angefangen werden. Von beyden

gehet die Hauptabsicht dahin, die Vollständigkeit der Acten daraus abzunehmen. Weil man nun in Sachsen die Acten heftet und die Blätter bezifffert, so findet man in den Acten, die nach sächsischer Art geführet sind, weder Actenverzeichnis noch Actenprotocoll. Das heften und foliiren reichet zwar zur Beurtheilung der Vollständigkeit der Acten hin; allein das Actenprotocoll oder Verzeichnis hat, auser der Vollständigkeit der Acten, noch einen anderen Endzweck, welcher darinn bestehet, daß ein Referent durch flüchtiges Durchlaufen desselben den Gang und gegenwärtige Lage des Processes daraus abnehmen, und wenn er ein oder anderes Stück wieder aufsuchen muß, selbiges leicht finden kann. In dieser Absicht behilft man sich in Sachsen damit, die Urtheile, Hauptbescheide und Rescripte auf dem Umschlage nach der Blätterzahl zu bemerken. So werden auch im herzoglich-Brauuschweigischen auf dem Umschlage die Vollmachten beyderseitiger Anwälde angeführet. Das Actenverzeichnis bestehet in einem mit fortlaufenden Ziffern zu verfertigenden Verzeichnis, worinn alle eingereichte Schriften nach ihren Aufschriften, die Rescripte, Bescheide, Protocolle, Berichte und Urtheile blos nach Tag, Monath und Jahr, die Anlagen aber bey jedem Stücke nicht blos nach dem Buchstaben oder Ziffern, womit sie bemerket sind, sondern soweit aufgeführet werden, daß man ersehen kann, was es vor Stücke sind. Das Muster siehe in meinen Grundsäzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen S. 143. der neuesten Ausgabe.

Das

Das Actenprotocoll hingegen enthält kurze Registraturen, was vor Schriften nach der Zeitordnung von jedem Theile eingereichet sind; die darauf abgegebene Bescheide; die abgehaltene Terminsprotocolle; und die ausgesprochene Urtheile *n*), Solchemnach bestehen die übrigen Acten lediglich aus den Schriften, deren Anlagen, Rescripten und Berichten. Die auf diese Art eingerichtete Acten sind unbequem zu lesen, indem man immer aus den Acten in das allgemeine Actenprotocoll übergehen muß, dahingegen es weit besser ist, wenn die Acten liegen, wie sie auf einander folgen, und dies ist die neuere und in den mehresten Gerichten eingeführte Ordnung. Ein Muster eines Actenprotocolls siehe in meinen angeführten Grundsäzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen S. 139. Oft bitten die Partheyen um Abschrift dieses allgemeinen Actenprotocolls oder Actenverzeichnisses, um daraus die gegenwärtige Lage des Processes zu ersehen, und mit unvollständigen Manualacten zusammen zu halten, welche ihnen gegen die Gebühr immer gestattet wird *o*). In Sachsen kann dieses Gesuch nicht vorfallen, sondern man muß sich blos mit der Einsicht der Acten behelfen. Es ist aber das bisherige zur Ordnung der Acten noch nicht genug, sondern man hält in gut eingerichteten Gerichten noch überdem von jedem Jahre ein Productenbuch *p*), worinn alle einlaufende Schriften nach dem Tage der Uebergabe, auch der Aufschrift eingetragen werden, und bemerket wird, an welchem Tage selbige eingereichet, und welchem Referenten sie zugestellet sind; an welchem

chem Tage daraus referiret, und wenn der Bescheid würklich ausgefertiget worden. Alle diese Abtheilungen werden in eben soviel Spalten abgesondert, damit alles mit einem Blicke übersehen werden könne. Ein Muster davon siehe in meinen Grundsäzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen S. 134. Das Producten-Buch hat vielfältigen Nuzen. Man kann daraus sogleich, wenn jemand behauptet, daß eine Schrift übergeben sey, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieses Vorgebens ausmachen, weil dieses Buch von einer darauf beeydigten Person geführet wird, und solange völligen Glauben würket, bis das Gegentheil dargethan ist. Weiter kann man, worauf sehr vieles ankommt, sehen, bey wem eine Schrift und dazu gehörige Acten stecken müssen, welches sonst oft gar nicht auszumachen wäre. Endlich kann der Vorsizende mit einem Blicke übersehen, ob die Untergeordnete auch die Sachen fleisig ausfertigen oder liegen lassen, und es ist seine Schuldigkeit die Unfleisigen zu erinnern, und diese Erinnerungen in das Productenbuch eintragen zu lassen, und zu wiederholen q). Eben ein solches Buch muß billig von allen aus den Obergerichten einlaufenden Rescripten, und ein anderes von allen vor beschlossen angenommenen und zur Relation ausgestelleten Sachen gehalten werden. Das erste nennt man Rescripten- und das andere Referentenbuch r). Auch hiervon sind die Muster aus den angeführten Grundsäzen S. 133. zu nehmen. Ist nun das nöthige in einer Sache expediret, so muß der Registrator mit davor sorgen, daß die Acten wieder

zur

zur Registratur geliefert werden *s*). So darf er auch keinem Beysizer oder Subalternen erlauben Acten vor sich aus der Registratur mit nach Hause zu nehmen *t*), ohne daß darüber ein Schein ausgestellet, und selbiger in das Fach geleget wird, wo die Acten gesuchet werden müsten, oder welches noch besser ist, ein eigenes Buch über dergleichen Acten, welche blos zum Nachlesen einer Gerichtsperson zugestellet sind, gehalten werde, wovon das Muster in meinen angeführten Grundsäzen S. 133. vorkommt. Am wenigsten darf ein Registrator einem, der nicht zum Gerichte gehöret, Acten zur Einsicht vorlegen oder Stücke daraus mittheilen. Sogar dürfen die Advocaten, Procuratoren und Partheyen nicht ohne Erlaubnis in die Registraturstuben gehen *u*), und wenn sie etwas darinn zu verrichten haben, müssen sie weder in Acten blättern, die ihnen nicht zur Einsicht vorgeleget sind, noch in die Ausarbeitungen der Subalternen hineinsehen. Wenn ein Beysizer oder auch ein Subaltern verreiset, so müssen alle Gerichtsacten, die er in seiner Wohnung hat, zusammen gebunden, und mit einer darauf gesteckten Note vorerst bis zur Wiederkunft in die Registratur geliefert werden *v*), damit sie bey entstehender Feuersgefahr unter des Registrators Aufsicht sind, und die Acten in Abwesenheit des Beysizers oder Subalternen nicht gleichsam jedermann offen liegen. Nach dem Abgange eines Raths, Secretairs u. s. w. müssen die unter seinen Sachen befindlichen Gerichtsacten sofort abgesondert und zur Registratur geliefert werden *w*). Der Registrator muß ohne Vorbewust des Vorsizenden keine Nacht auser der

Stadt

Stadt seyn, und sodann der Registraturschlüssel, wenn kein anderer auf die Registratur beeydigter Nebenarbeiter vorhanden ist, dem Vorsizenden zugestellet werden. Bey Feuersgefahr muß er sich schleunigst auf die Registratur begeben, und vor allen Dingen auf die Rettung der Registratur bedacht seyn, auch auf den Pedellen, oder wer sonst die Stubenheizung zu besorgen hat, fleisig Achtung geben, daß mit dem Feuer auf das behutsamste umgegangen werde. Ohne die dringendste Noth muß nicht bey Licht auf den Gerichtsstuben, am wenigsten in der Registratur gearbeitet werden. Wenn nun, aller dieser Vorsichten ungeachtet, Gerichtsacten verlohren werden, oder im Feuer aufgehen, oder in Kriegeszeiten die Gerichtsacten zerstöhret und verbracht werden, so kann freylich der angefangene Rechtsstreit weder von neuem angefangen, noch ohne Wiederherstellung der Acten fortgesezet werden. Hier könnten beyderseitige Fürsprecher ihre Manualacten gegen einander halten, ergänzen, eine leserliche Abschrift davon machen lassen, und sodann dem Gerichte mit der gemeinschaftlichen Erklährung übergeben, daß sie hierauf weiter verfahren und erkennen lassen wollten. Wenn sie dieses aber nicht selbst thun, alsdann wird zur Vorlegung der Manualacten Termin angesezet, und aus beyden soviel thunlich eine vollständige Acte gemachet, selbige abgeschrieben, und hierauf weiter verfahren. Wenn die ganze Registratur oder ein groser Theil durch Zufall verwüstet ist, so kann jener kürzere Weg, durch einen gemeinen Bescheid allgemein aufgeleget werden. Wären die Manualacten so unvollständig, daß nichts daraus zu

neh-

men stünde, so muß alsdenn freylich von vorne angefangen werden. Die Kosten müssen, wenn die Acten durch einen Zufall verlohren gegangen sind, von beyden Theilen, wenn es aber durch Nachläßigkeit geschehen, vom Gericht, oder, wenn blos der Registrator daran Schuld ist, indem die Acten in keinem der obenangezeigten Bücher jemanden vom Gericht ins Haus geliefert sind, von dem Registrator getragen werden. Vom Verlust der Urkunden treten hier die in dem Tit. Digestorum de fide et amissione instrumentorum enthaltene Rechtssäze, ein. Die durch Urtheile und Execution, Vergleich und Entsagung abgethane Sachen sind, wenigstens alle Jahre, aus der Gerichtsregistratur herauszunehmen, und in die alte Registratur oder Archiv zu bringen, damit den neuen Sachen in der laufenden [current:] Gerichtsregistratur wiederum Plaz gemachet werde. Diese abgethane Sachen sind aber im Archiv ebenfalls in Fächer nach alphabetischer Ordnung zu legen *x*). Es pfleget auch in ordentlich eingerichteten Gerichten ein Buch unter dem Nahmen eines Strafprotocolls gehalten zu werden *y*), worinn alle den Partheyen, Advocaten und Procuratoren auferlegte Geldstrafen nach der Zeitordnung mit Bemerkung der Rubrik der Acten, des Bescheides oder Urtheils eingetragen werden. Woferne sie nun nicht in der Folge ganz oder zum Theil erlassen sind, welches bey jedem Strafposten sorgfältig zu bemerken ist, damit hierinn kein Versios vorgehe, so muß derjenige, welcher das Strafprotocoll zu führen hat, billig alle Woche an einem festgesezten Tage einen Auszug von fälligen Strafen dem Vorsizenden vor-

vorlegen, welcher sodann entweder nochmahlige Erinnerungen oder die würkliche Beytreibung verfüget. Oft müssen diese Strafen dem Landesherrn berechnet werden; und alsdann ist jedes Jahr ein beglaubter Auszug aus diesem Strafprotocoll zu machen, und nebst diesem das Geld an den Cassirer gegen Quittung abzuliefern. Auf gleiche Weise ist es allemahl bey einem Gerichtsherrn zu halten, welchem die Strafen anheim fallen. Auch über die Vormundschaften werden in gut eingerichteten Gerichten eigene Bücher gehalten, wovon das Muster in meinen Grundsäzen von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen S. 147. der neuesten Ausgabe befindlich ist. Schliesslich ist zu merken, daß derjenige welcher die gerichtliche Acten böslich zernichtet, oder verfälschet, mit willkührlicher angemessene Strafe beleget wird. z).

*) Nov. 15. c. 5. §. 2.

a) Concept. III. 8. Buchhorn Anleitung zum Processs: Registraturwesen.

b) Ebendaselbst III. 6.

c) Concept III. 7. 10.

d) Reichshofrathsordnung Tit. 3. §. 16. 17. Bey dem zellischen Oberappellationsgericht werden die Schriften des Montags und Dienstages jeder Diät, von 8 bis 9 Uhr dem Registrator übergeben, welcher denn diejenigen Schriften, so nicht nach der vorgeschriebenen Form eingerichtet sind, sofort zur Abänderung zurück giebet. Oberappellationsgerichtsordnung 1. 3. 11. Nur die Schriften, wobey Gefahr beym Verzuge eintrit, müssen zu aller Zeit angenommen werden.

e) Ober-

e) Oberappellationsgerichtsordnung am angeführten Orte.

f) Visitationsabschied von 1713. §. 47. zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. Tit. 3. §. 11.

g) Oberappellationsgerichtsordnung Th. II. Tit. 8. S. 2. §. 8.

h) L. f. de tab. exhib. (XLIII. 5.)

i) Es ist eine sehr unbequeme Art, die Acten in Quart zusammen zu legen, welches im Lesen, noch mehr aber im Nachschlagen ungemein aufhält.

k) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. Tit. 3. §. 8.

l) Werden die Acten in Quart geleget, so wird die Rubrik auch auf den Rücken des Umschlages geschrieben, und die Acten so in die Fächer der Registratur geleget, daß die Rubrik leicht in die Augen fällt.

m) Reichshofrathsordnung Tit. 3. am Ende. Concept. I. 40. 2. Visitationsabschied von 1713. Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen. §. 22. Die lezte Visitation hat solches nach dem Zeugnis des Tafingers Th. I. §. 326. von neuem eingeführet, und muß vor den Bogen ein Xr. bezahlet werden. Oberappellationsgerichtsordnung I. 3. 9. Nur das Heften durch ein Loch, welches mitten durch die Acten mit einer Pfrieme geschlagen, und durch selbiges ein Bindfaden gezogen wird, wie solches in Pommern geschiehet, ist äuserst zu wiederrathen, weil dadurch manches Wort unleserlich wird, welches bey Haupturkunden von sehr grosem Nachtheil seyn würde.

n) Zellische Oberappellationsgerichtsord. I. 3. 9.

o) Zellisch. Oberappellationsger. gemeiner Bescheid n. 39.

p) Visitationsabschied von 1713. §. 77. Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen §. 9. zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. Tit. 4.

q) Concept I. 12. 20. In der zellischen Oberappellationsgerichtsordnung I. 2. 1. und 2 imgleichen Tit. 4. sind diese Stufen vorgeschrieben: 1) Erinnert der Präsident vor sich; 2) in Gegenwart des Vicepräsidenten oder einiger Räthe; 3) im ganzen Gericht; und wenn dieses alles nichts hilft, soll davon höchsten Orts Bericht erstattet werden.

r) Bey dem zellischen Tribunal führet dieses der Protonotarius. I. 3. 4. Visitationsabschied von 1713. §. 63.

s) Cammerger. Canzleyordnung. von 1656. §. 7, von 1662. §. 21. Concept I. 20. 4. Visitationsabschied von 1713. §. 27. und Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen §. 25. 27., zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 3. 11. Zu Justinians Zeiten sah es wüste um die Ordnung der Acten aus, worüber er Nov. 15. in der praefat. klaget.

t) Visit. Abschied von 1713. §. 65. gestattet dieses überall nicht. Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen §. 9. 22.

u) Visitationsabschied von 1713. §. 109. und Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen §. 32. zellische Oberappellationsgerichtsord. I. 3. 5. 12.

v) Visitationsabschied von 1713. §. 42.

w) Daselbst §. 87.

x) Zellische Oberappellationsgerichtsord. I. 3. 5. Vor die Aufsuchung solcher abgethanen Acten pfleget dem Registrator eine auserordentliche mäsige Belohnung verwilliget zu werden.

y) Visitationsabschied von 1713. §. 10. zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 3. 10.

z) Gail

z) GAIL L. 1. Obſ. 194. in fine. Der Verluſt der Sache läſſet ſich aus L. 45. §. 7. D. de I. fisci nicht hernehmen.

## §. 51.

### Von Canzelliſten.

In jedem beſezten Gerichte ſind eigene Perſonen angenommen, welche das Abſchreiben verrichten. Auſer der jedem Gerichtsbedienten obliegenden Verſchwiegenheit, werden ſelbige auf getreue und fleiſige Abſchriften, und Ausrichtung desjenigen, was ihnen ſonſt vom Gerichte aufgetragen wird *a*), beeydiget, und dazu billig ſolche Leute genommen, welche eine ungezwungene leſerliche Canzleyhand mit Genauigkeit ſchreiben *b*), und zur Noth einen Aufſaz machen können. Es iſt ein würklicher Uebelſtand, wenn die gerichtlichen Aufſäze ſchulknabenmäſig abgeſchrieben werden *c*). Die Canzelliſten müſſen die Abſchriften, wenigſtens die Beſcheide, Urtheile, Schreiben an auswärtige Obrigkeiten, Berichte an die Obern, ſelbſt ſchreiben, und wenn ſie der Arbeit nicht vorkommen können, nur die Schriften, Zeugenverhöre, Beylagen durch andere abſchreiben laſſen *d*); müſſen aber alle Abſchriften fleiſig mit den Originalen zuſammen halten, und vor deren Richtigkeit ſtehen. Der Vorſizende muß billig nichts unterſchreiben, worunter die Zuſammenhaltung und Uebereinſtimmung nicht durch eine Unterſchrift unten in der Ecke, die man Contraſignatur nennet, bezeuget worden *e*); Abſchriften von Actenſtücken dürfen von ihnen niemand anders, als wenn ſie durch einen gerichtlichen Beſcheid erkannt

kannt worden, gegeben werden. Eben dies gilt von Einsicht der Acten. Daß sie sich der vorgeschriebenen Taxe gemäs bezeigen müssen, verstehet sich von selbst. Das Gericht gebrauchet aber auch dergleichen Personen zu Bestellung mündlicher Aufträge. Desgleichen müssen sie häufig dem Registrator in den Registraturgeschäften hülfliche Hand leisten, wenn diese der Arbeit nicht vorkommen können. Zu Abhaltung der Protocolle dürfen sie nicht gebrauchet werden, wofern sie nicht besonders darauf beeydiget sind, und dazu die gehörige Fähigkeit haben. Ehender ist dies zu dulden, wenn die Fürsprecher mündliche Vorträge in Nebenstuben wörtlich vorsagen [constituiren, recessiren), um selbige nachzuschreiben, und sodann der ganze Vortrag vom Advocaten unterschrieben und hiers durch genehmiget wird. In verschiedenen Gerichten verrichten auch die Canzellisten das Heften der Acten gegen festgesezte Heftgebühren. In den höchsten Gerichten pflegt man eigene Buchbinder darauf zu halten. In den Untergerichten, welche nur aus einer Person bestehen, wie auch sämtlichen Gerichten auf dem Lande werden alle diese Verrichtungen den Schreibern oder Bedienten der Beamten überlassen *f*).

*a*) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 3. 15.

*b*) Visitationsabschied von 1713. Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen § 10. 11. 12. 15.

*c*) Cammerger. Canzleyordnung von 1656. §. 36. und von 1662. §. 32.

*d*) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 3. 20.

*e*) Visi-

e) Visitationsabschied von 1713. §. 48. 102. und das angeführte Memorial.

f) Im London-Chronicle May 1793. n. 5734 wird gemeldet, daß Lord Kenyon (Lord Chief-Justice) seinen 14jährigen Sohn zum Filazer ernannt habe, welche Stelle jährlich 2000. Pf Sterl. eintrage. Dies Amt bestehet darinn, daß er in dem Gerichte der common pleas die Schriften mit Bändern versiehet. Davon müssen in Teutschland drey Staats-Ministers leben.

## §. 52.

### Von Obervögten, Landbereutern, Executoren, Pedellen, Gerichtsdienern, Gerichtsboten.

Auser den bisherigen Personen, kommen auch noch die Gerichtsunterbediente in Betrachtung. Unsere Vorfahren kannten nur den Frohnboten *a*). Die Gerichte auf dem Lande sind im Hessischen häufig mit Landbereutern; hier im Lande mit Amts- oder Obervögten versehen. Diese sind auf die Insinuationen, Executionen und alle andere Verrichtungen verpflichtet, wozu nicht ohnumgänglich der richterliche Glaube erforderlich ist; mithin dürfen sie zur Aufnahme der Testamente durchaus nicht gebrauchet werden. Im Mecklenburgischen sind eigene Executoren. Die Obergerichte, auch schon angesehene Stadtmagistrate, haben einen Pedellen, und mehrere Gerichtsboten oder Gerichtsdiener. Der Pedell muß die Reinigung und Heizung der Gerichtsstuben unter seiner Aufsicht besorgen lassen, und bey der Sizung des Gerichts aufwarten *b*), die Partheyen, welche vortreten sollen, aufrufen, und in die Gerichtsstube einführen, auch dahin

sehen, daß niemand ohngefordert und ohnangemeldet in die Gerichtsstube trete *c*). Er selbst darf während der Relationen nicht in das Zimmer kommen *d*), und muß, wenn er auch von den Heimlichkeiten des Gerichts etwas erführe, solches bey sich behalten *e*), am wenigsten selbige durch unerlaubtes Horchen, Voneinanderbiegung der Umläufe, so er den Gerichtsgliedern in die Häuser zu bringen hat, selbige zu erforschen bemühet seyn. Nach dem Visitationsabschied von 1713. §. 109. soll der Pedell weder die Schlüssel zu den Rathsstuben haben, sondern selbige in der Leserey aufbewahret werden, noch soll er ohne einen Leser in die Rathsstube gehen dürfen. Die Pedellen werden in den höheren Gerichten nicht so, wie in niederen Gerichten, zu Behändigung der Bescheide gebrauchet, sondern dazu hat man eigene Boten oder Gerichtsdiener, welche besonders auf dieses Geschäfte beeydiget sind *f*). Wo man auf dem Lande weder Landbereuter noch Obervögte hat, da bedienet man sich zur Behändigung der Ladungen entweder der Schulzen, oder Bauermeister, oder auch des Gerichtsdieners oder Untervogts. Allemahl müssen diese Leute besonders auf die Behändigung der Ladungen verpflichtet seyn. Wie hiermit zu Werke zu gehen ist, wird unten vorkommen. Die Obervögte, Schulzen u. d. g. können Thätlichkeiten bey eintretender Gefahr verbiethen und die Stöhrer der öffentlichen Ruhe und Sicherheit arretiren.

*a*) Kopp von den geistl. und civil-Gerichten in Hessen Th. 1. §. 226. und 329.

*b*) Zelli-

*b*) Zellische Oberappellationsgerichtsord. I. 3. 21.

*c*) Zellischen Oberappellationsgerichts gemeine Besch. n. 16.

*d*) Zellische Oberappellationsgerichtsord. I. 3. 21.

*e*) Daselbst §. 22.

*f*) Ebendaselbst §. 23.

## §. 53.

### Von gerichtlichen Siegeln.

So oft etwas ausgefertiget wird, welches öffentlichen Glauben haben soll, muß solches mit dem öffentlichen Siegel verschlossen, oder unterlegt werden *a*). Wenn eine Urkunde, welche aus mehreren Bogen bestehet, besiegelt werden soll, so müssen selbige mit einem Faden zusammengeheftet, und das Siegel auf beyde Ende gedrücket werden, damit nichts heraus genommen, oder eingeschoben werden könne. Ist der Faden zerschnitten, so entstehet daraus ein Verdacht der Verfälschung *aa*). Die Gerichtsherrn gebrauchen ihr eigenes gewöhnliches Wappen ohne weitere landesherrliche Erlaubnis. Landesherrliche Obergerichte führen so, wie die Geheimerathstube, Cammer, Kriegsgerichte u. s. w., das landesherrliche Wappen und Umschrift. Dies tritt noch mehr ein, wenn alle Ausfertigungen unter dem Titul des regierenden Herrn geschehen. Bey den Reichsgerichten wird also auch das kayserliche Wappen gebrauchet. Daher die Benennung: sub aquila. Hiervon unterscheidet sich das Vicariats-Siegel. Ueber lezteres kam einmahl das CGer. ins Stecken *b*). Nach Joseph II. Tode ha-

haben beyde Vicarien ihre einzelne Siegel an den Churfürsten von Maynz geschickt. Dieser sendete sie an die Canzley zu Wezlar vorerst blos zur Verwahrung, besann sich aber und lies beyde Siegel unterdrücken. Alle öffentliche Siegel der Untergerichte hingegen müssen den Amtsnahmen zur Umschrift haben, z. E. Sigillum ciuitatis N. Königl. und Churfürstl. Amts N., Siegel, adel. v N.'sches Gerichtssiegel *c*). Die landesherrlichen Aemter haben hergebrachte besondere Wappen, welche nicht veräudert werden dürfen. Kein landesherrlicher Bedienter, noch weniger eine Gesellschaft, am wenigsten aber eine privat-Gesellschaft darf eigenmächtig sich öffentliche Siegel anmasen, sondern diese müssen vom Landesherrn, so wie die Notariatsiegel vom Pfalzgrafen, verliehen werden *d*). Die Gröse der Siegel richtet sich nach den Gnadens- und Gerichtssachen, und selbst bey denen Gerichten nach dem Range der Richter. Mit rothem Wachs oder Oblaten dürfen nur die Obergerichte und wer darüber besondere Befreyung erhalten hat; die Untergerichte, selbst Reichsstädte dürfen nur grün siegeln, woferne sie sich nicht fiscalischen Strafen aussezen wollen *e*). Bey einer Landestrauer wird durchgängig schwarz gesiegelt. Die öffentlichen Siegel müssen zu Verhütung alles Misbrauches in besonderer Verwahrung gehalten werden. Die grosen Gnadensiegel der Könige werden von dem Grossiegelbewahrer oder einem der ersten Staatsbedienten aufbehalten. Die grosen Siegel der Gerichte und anderer öffentlichen Versammlungen hat entweder das Haupt derselben, oder doch eine

an-

andere öffentliche Person in Verwahrung, und sie werden nur dem Pedellen so lange herausgegeben, als selbige gebrauchet werden *f*). Das kleine Gerichtssiegel haben die Secretairen in Verwahrung. Nach dem jüngeren Reichsschlus von 1732. von Abstellung der Misbräuche, ist den Brüderschaften der Handwerksgesellen die Führung eines gemeinen Siegels untersaget. Bey den Gilden und Zünften sind den Gildemeistern in hiesigen Landen die Gildensiegel abgenommen, und den Stadtobrigkeiten zur Verwahrung gegeben *g*), so daß nichts ehender damit besiegelt werden darf, bis es gelesen und unbedenklich gefunden worden. Die gröseren Gerichtssiegel sind nur bey solchen Aufsäzen zu gebrauchen, welche Nahmens des ganzen Gerichts ausgefertiget werden *h*). Das kleinere Gerichtssiegel hingegen wird bey Versiegelungen; bey Beglaubigungen der Abschriften; bey Schreiben, die ein Secretaire auf Befehl des Gerichts abgehen lässet, gebrauchet *i*). Zu allen gerichtlichen Ausfertigungen müssen die gerichtlichen Siegel gebrauchet, bey nachdrücklicher Ahndung aber darf das öffentliche Siegel nicht zu privat-Geschäften misbrauchet werden *k*). Die Untersiegelung pfleget nicht ehender zu geschehen, als bis das zu versiegelnde Stück wenigstens vom Secretaire unten in der Ecke unterschrieben ist, und noch vorsichtiger, bis es vom Präsidenten, oder wer dieses an seiner Stelle zu verrichten hat, unterschrieben ist *l*). Die bloße Unterdrückung des Siegels ohne Unterschrift oder umgekehrt, ist der Regul nach zur Beglaubigung einer förmlichen Urkunde nicht hinreichend, obgleich

bey-

bey mehreren Gerichten dieſe Unſchicklichkeit hergebracht iſt *m*).

*a*) DE PVFENDORF de Idict. germ. P. 1. c. 3. §. 54-58. c. 2. X. de fide inſtrum.

*aa*) PAVLVS recept. ſent. Lib. V. Tit. 25. §. 6. bey Schulting in ſeiner Iurisprud. anteiuſtin. welcher dieſe Stelle n. 51. vergeblich zu verbeſſern ſich bemühet. L. 1. §. 10. 11. de bon. poſſ. ſec. tab. (XXXVII. 11.) L. 22. §. 3. qui teſtam. fac. poſſ. SVETON. in vita Neronis c. 17.

*b*) Tafinger inſtit. iurisprud. cam. T. 1. §. 56.

*c*) HOEPING de I. ſigill. c. 1. §. 2. n. 25., L. 22. §. 5. D. qui teſtam. fac. poſſ. (XXVIII. 1.).

*d*) BOEHMER D. de iur. & auct. ſigill. authentici c. 2. §. 1. ſeq. c. 3. §. 1. ſq.

*e*) BOEHMER D. cit. c. 1. §. 7. KNIPSCHILD de iure & priu. ciuit. L. 2. c. 13. n. 8. STRYK D. de cera rubra. Vermuthlich iſt dies eine Nachahmung des ſacri encauſti. L. 6. C. de diu. reſcr. (I. 23.). Eine rothe Tinte, welche aus der Purpurſchnecke und geſtoſenen Muſchelſchaalen gemachet, deren Verfertigung und Gebrauch einem jeden anderen bey Strafe des Hochverraths verbothen war. S. auch L. 3. C. de veſtibus holoberis (XI. 8.).

*f*) Beym zelliſchen Oberappellationsgericht der Protonotarius. Zelliſche Oberappellationsgerichtsordnung l. 2. 2.

*g*) Gildereglement von 1692. §. 13. in den Calenb. Landesordnungen Th. III. c. 4. S. 7.

*h*) Im Schwabenſpiegel c. 388. nach der Senkenbergiſchen Ausgabe komt ſchon umſtändliche Verordnung wegen der öffentlichen Siegel vor. Siehe auch Concept l. 40. 7. und III. 12. 7., c. 2. de off. iud. ord. in 6.

i) Die-

i) Dieser verschiedenen Siegel wird schon in der Reformation Kayser Sigismunds beym Lehmann in der Speyerschen Chronik Lib. IV. c. XI. am Ende gedacht.

k) L. 3. 6. C. de diu. rescr. (I. 23.), L. 2. C. de Ass. (I. 51.) Calenb. Landesordnungen Th. IV. H. 5. S. 54. Conc. I. 40. 8. und 1. 72.

l) Kopp von den geistlichen und civil-Gerichten in Hessen Th. II. §. 182. S. 146. führet Verordnungen an, daß nicht einmahl die Canzelisten ehender etwas ausfertigen sollen, bis ein Rath es unterschrieben habe.

m) arg. L. 22. §. 4. D. qui, testam. fac. poss.

# Sechstes Hauptstück von Commissionen.

## §. 54.

### Was eine Commission sey, und deren verschiedene Gattungen.

Zum Schlusse desjenigen, was bisher von der Gerichtsbarkeit und Gerichtsverfassung ausgeführet worden, ist nunmehro auch von den Commissionen und dem commissarischen Verfahren das nöthige zu betrachten. Eine Commission ist ein Auftrag und Befehl eines Obern an einen untergeordneten Richter, etwas in einer sonst vor den Obern gehörigen Sache vorzunehmen. Es pfleget zwar auch, eine Commission genannt zu werden,

den, wenn einem oder mehreren Mitgliedern desselben Gerichts einzelne processualische Handlungen aufgetragen werden. Dies sollte man aber eigentlich nur eine Deputation nennen. Die Commissionen werden entweder auf die ganze Sache, nähmlich: Untersuchung, Entscheidung und Hülfsvollstreckung *a*), oder nur auf einzelne Handlungen gerichtet. Ersteres geschahe von den römischen oberen Magistratspersonen durch ein mandatum iurisdictionis. Der heutige Gerichtsgebrauch hiervon wird aus dem folgenden §. deutlich werden. Einige Commissionen werden auf Ansuchen, andere aus freyen Stücken, von Amtswegen erkannt *b*). Bey einzelnen processualischen Handlungen, welche am kürzesten von Commissarien vorgenommen werden, hänget es von dem Ermessen des Oberen ab, auf die eine oder andere Art die Commission zu erkennen. Oft wird die Commission, ohne die Partheyen darüber zu hören, sofort erkannt; und dies kann allerdings geschehen, wenn bey der erkannten Commission kein Bedenken ist. Bey dem mindesten Zweifel muß der Gegentheil erst über das Commissionsgesuch gehöret werden. Betrift es eine Handlung, welche einer allein vorerst auf seine Kosten besorgen muß, z. E. den Beweis; die Ableistung eines zugeschobenen und vom Gegentheil angenommenen, oder eines vom Richter auferlegten Eydes, so muß dieser die Commissionsgebühren allein tragen; anders verhält es sich, wenn die ganze Sache aufgetragen, oder es eine Handlung wäre, wobey beyde Theile auf gleiche Art interessirt sind, alsdenn tragen beyde auch die Commissionskosten zur Hälfte.

Hin

Hin und wieder trift man auch beständige Commissionen an: z. E. Polizey-Commissionen. Man sollte sie aber auch in allen Post- und Gesinde-Sachen festsezen, damit die Fremden und das Gesinde nicht genöthiget würden, kostbahre Untersuchungen bey den Ober-Gerichtshöfen zu veranlassen. Die Ehestreitigkeiten erforderten billig eben diese Einrichtung. Im herzoglichen Sachsen leisten die geistlichen Unter-Consistorien diesen Endzweck.

a) Daß die Hülfsvollstreckung, wenn sie gleich nicht ausdrücklich genannt ist, unter dem Auftrage der ganzen Sache begriffen sey, beweiset BOEHMER l. E. P. L. 1. Tit. 29. §. 38.

b) Reichshofrathsordnung II. 6. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. II. Tit. 8. §. 16.

## §. 55.

### Welche Sachen die commissarische Behandlung nothwendig erforderen, und bey welchen sie blos rathsam ist.

Einige Sachen sind so beschaffen, daß sie nicht wohl wegen ihrer Weitläuftigkeit in den gewöhnlichen Schriftwechsel gezogen werden können, sondern erforderen das protocollarische blos auf das wesentliche gerichtete Verfahren, einen mühsameren Vergleichsversuch und umständlicheres Verhör, als in den Gerichtssizungen vorgenommen werden kann, und manche andere Verrichtungen können vom ganzen Gerichte nicht vorgenommen werden. Dahin gehören alle Theilungsgeschäfte a); Festsezung des Falcidischen und Trebellia-

bellianischen Viertheils; des Pflichttheils; des Brautschazes; der armen Ehegatten Erbtheils, die Berichtigung und Abtretung einer Erbschaft mit allem was dazu gehöret; alle Streitigkeiten über Abnahme und Berichtigung einer vormundschaftlichen oder anderer Rechnung; oder alle Sachen, wobey es auf Besichtigungen *b)* und umständliche Gutachten der Kunstverständigen ankomt; alle Streitigkeiten über weit aussehende Entschädigung wegen übler Behandelung eines Guthes u. d. g.; alle ins Weite gehende Beschwerden der Gerichtsunterthanen wider ihre Guths- oder Gerichtsherrn. In diesen und anderen Sachen von gleicher und ähnlicher Art, wird billig erst die Klage erfordert, und in den Klagen der Unterthanen wider ihre Obrigkeiten sogar erst der Bericht des Landes- Guths- oder Gerichtsherrn erwartet, um zu prüfen, ob auch die Sache in Rechten nicht ungegründet und sonst von Anschein sey, und sodann erst die Commission erkannt (Th. II. §. 120). Einzelne Handlungen werden oft kürzer und mit wenigeren Kosten von Commissarien vorgenommen, z. E. Einnehmung eines einzelnen Augenscheines, Anerkennung oder eydliche Abläugnung der Urkunden; Abhörung der Zeugen; Verrichtung der Execution u. s. w. Blos die geistlichen Gerichte pflegen alsdenn, wenn sie glauben durch mündliche Zuredungen etwas ausrichten zu können, die Partheyen persönlich vorzuladen, um ein mündliches Verhör und Vergleichsversuch anzustellen, welches sonst mit wenigeren Kosten und Beschwerlichkeiten vor einer Commission geschehen könnte.

*a)* Des

a) Des arbitri fam. herc., com. diu., fin. regund. tutelae, wird in sehr vielen Gesezen gedacht.

b) L. 14. pr. D. de damno inf. (XXXIX. 2.)

## §. 56.

### Wer Commission erkennen könne.

Die römischen oberen Magistratspersonen konnten eine jede Sache nach Willkühr einem anderen auftragen *a*); allein so wie überhaupt die Lehre von der Gerichtsbarkeit nicht anders, als mit gröster Behutsamkeit, aus dem römischen Rechte zu beurtheilen ist, so kann am wenigsten dasjenige, was die Gewalt der römischen Magistratspersonen betrift, auf unsere Verfassungen Anwendung erhalten. Auch von den päbstlichen Delegationen, soviel die Befugnis, dergleichen Aufträge zu ertheilen, betrift, kann kein allgemeiner Schlus auf unsere heutige Commissionen gezogen werden. Nachdem in Teutschland zu der heutigen Gerichtsverfassung unter der nie genug zu seegnenden Regierung des Kayser Maximilians der Grund geleget, und vom Kayser und Reiche sowohl, als von den Reichsständen in ihren Landen Gerichte angevrdnet waren, bey welchen ein jeder Recht suchen konnte und nehmen muste, so haben Reichs- und Landstände bald angefangen, es nicht gleichgültig anzusehen, wenn sich die Regenten in die Justizhändel entweder durch unmittelbahre Befehle mischten [S. 19], oder unmittelbahre Commissionen anordneten. Der Kayser kann zwar Statt der Austrägalinstanzen *b*) eine Commission mit Vorbehalt der Appellation an ei-

nes der höchsten Reichsgerichte erkennen *c*); auserdem aber nicht anders, als wenn die Gerichtsbarkeit in der Sache gegründet ist, und dann blos zur Untersuchung, nicht aber zur Entscheidung, sondern diese wird besonders bey den Debitcommissionen einer Facultät überlassen und Berichtserstattung auferleget *d*). In der Zellischen Oberappellationsgerichtsordnung Th. II. Tit. 1. §. 4. hat sich der Landesherr der Befugnis, Commissionen zur Entscheidung der Sache zu erkennen, begeben, es wären denn dazu gar sonderbahre und wichtige erhebliche Ursachen vorhanden. Hierunter kann nichts anders als eine Staats- oder unmittelbahr auf das gemeine Beste abzielende Ursache verstanden werden. Aber auch in diesem Falle, soll doch das Urtheil nicht im Nahmen des Regenten, sondern der Commissarien abgefasset, und die Appellation an das Oberappellationsgericht in alle Wege angenommen werden. Ich halte auch davor, daß in einem solchen Falle es nicht auf die sonst gewöhnliche Appellationssumme ankomme, weil sonst nicht verhütet würde, was doch nach der angeführten Stelle verhütet werden sollte, nähmlich, daß es nicht gleich bey dem ersten Ausspruche der Commissarien bleiben müsse. Kann also der Landesherr ohne erhebliche Staatsursachen keine Commissionen zur ganzen Sache erkennen, so können es noch weniger die Gerichte, die höchsten nicht ausgenommen *e*). Wo dergleichen dennoch geschiehet, da ist es als ein hergebrachter Misbrauch anzusehen. Nur alsdenn gebe ich zu, daß eine Commission zur ganzen Sache erkannt werden kann, wenn der Oberrichter nur

des-

deswegen angegangen wird, weil es an einem Unterrichter fehlet, oder derselbe verdächtig ist. Alsdenn träget der Oberrichter nicht seine Gerichtsbarkeit einem andern auf, sondern ernennet gleichsam nur einen anderen Unterrichter an die Stelle des mangelnden oder verdächtigen Unterrichters. (§. 96.) Ja hierdurch wird die Wohlthat der ersten Instanz aufrecht erhalten, und keinesweges genommen. Wenn Partheyen sich gemeinschaftlich zu Beylegung ihrer Streitigkeiten eine Commission erbitten, so hat es wieder kein Bedenken, die Commissarien auch zu autorisiren, ein Urtheil zu sprechen. Untergerichte können also nur auf Mitglieder des Gerichts Commissionen oder Deputationen erkennen. Daß übrigens derjenige, welcher eine Commission erkennen will, nicht allein Gerichtsbarkeit überhaupt, sondern auch in derjenigen Sache, worüber Commission erkannt werden soll, auszuüben die Befugnis haben müsse, verstehet sich sosehr von selbst, daß es keiner Ausführung bedarf.

a) Nov. 82. c. 2., L. 1. pr. D. de off. ej. cui est mand. Iurisdictio. Hiervon ist mehr nachzusehen NOODT de iurisdict. c. 2. Nur konnten die peinlichen Sachen keinem anderen aufgetragen werden. L. 1. pr. §. 1. D. de off. ei. cui est mand. Iurisd. (I. 21.), allein heut zu Tage werden auch in peinlichen Fällen Commissionen, sowohl zu einzelnen Handlungen, als zur ganzen Untersuchung, und so weit diese blos vom Landesherrn oder auch vom Gerichtsherrn abhänget, auch zur Entscheidung erkannt. arg. art. 2. C. C. C. So hat es auch kein Bedenken, daß nicht heut zu Tage Sachen von willkührlicher Gerichtsbarkeit aufgetragen werden können.

b) Concept II. 4. und 5.

c) Reichshofrathsordnung Tit. 2. §. 5. am Ende.

d) Ebendaselbst §. 5. 6. 7. am Ende.

e) c. 18. 27. X. de O. & P. I. D. Auth. ad haec C. de iud., Nov. 60. c. 2., Nou. 82. c. 2. MENOCH. de arbitr. iud. qu. L. 1. qu. 37., arg. der Zellischen Oberappellationsgerichtsord. Th 1. Tit. 2. §. 9. Concept III. 20. 11. Visitationsabschied von 1713. §. 12. Wahlcapitulation Kayfers Franz Art. 18. §. 5. Art. 24 §. 13. Es ist daher ungegründet, wenn Tafinger inst Iprud. cam. §. 818. dem Cammergerichte die Befugnis dergleichen Commissionen zu erkennen beyleget, ob er gleich bekennet, daß sie nicht erkannt zu werden pflegen. Dies war genug, um das schwache Araument aus der Taxordnung der Cammergerichtsordnung von 1495. §. 20. zu entkräften.

## §. 57.

### Wem Commission ertheilet werden könne.

Weil die Commission ein Befehl ist, so kann nur demjenigen eine Commission ertheilet werden, welcher dem auftragenden Gerichte unterworfen ist, sonst ist damit nicht allein nichts ausgerichtet, sondern es gehet auch ohne nachdrückliche Protestationen nicht ab. Einem ausländischen Beamten Commission aufzutragen, wäre sogar Verlezung der Landeshoheit. Adelichen Gerichtshaltern wird aus eben der Ursache nicht leicht Commission ertheilet. Sie sind nicht in Diensten des Landesherrn, und nur den Obergerichten als der höheren Instanz untergeordnet. Landstädten, Bürgermeistern auch den Syndicen werden jedoch häufig solche Commissionen aufgetragen.

gen. Subalternen, keine Stimme habenden Gerichtspersonen, noch weniger Procuratoren *a*), Advocaten, Landwirthen, welche blos als Kunstverständige vorzuschlagen wären, die insgesamt nicht auf die Art von Sachen, welche der Auftrag enthält, beeydiget zu seyn pflegen, sollten keine Aufträge ertheilet werden *b*). Es geschiehet aber dennoch in mehreren Gerichten. Die Ober-Appellations-Gerichte erkennen Commissionen durch das ganze Land, die Reichsgerichte aber im ganzen Reiche. *) Die Kriegsgerichte ertheilen den Befehlshabern der Besazungen und Vestungen, die geistlichen protestantischen Gerichte einem Superintendenten *c*), [keinem Geistlichen von niedrigerem Range] und einem weltlichen Beamten *d*), wozu mehrentheils der Beamte, Bürgermeister des Orts, folglich auch der adeliche Gerichtshalter ernannt wird, den Auftrag in Ehe- und anderen geistlichen Sachen, weil die geistlichen Gerichte selbst aus geistlichen und weltlichen Beysizern bestehen. Alsdenn wird der geistliche Commissarius immer zuerst genannt, unterschreibet sich zuerst und hat den Vorsiz auf gut papistisch. Wenn die Sachen Protestanten und Catholiken betreffen, so müssen bey den höchsten Reichsgerichten, und weil gleiche Ursache eintritt, auch bey anderen Gerichten Commissarien von beyden Religionen in gleicher Anzahl, und zwar zur gemeinschaftlichen Ausrichtung, ernannt werden *e*). Den Beysizern der höchsten Gerichte sollten vom Hofe oder anderen Gerichten keine Aufträge geschehen, wohl aber pflegen ihnen von eben dem Gerichte, wobey sie stehen, einzelne Aufträge zu geschehen *f*). Uebri-

gens müssen die Commissarien eben sowohl, als die Gerichtspersonen, tauglich und fähig, auch nicht verdächtig seyn *g*). Die Partheyen schlagen oft die Commissarien vor, und ist alsdenn vom Richter sorgfältig zu prüfen, ob auch bey selbigen etwas zu erinnern sey, widrigenfalls muß ein anderer an dessen Stelle ernannt werden *h*). Wenn nun entweder auf den Vorschlag des einen Theils oder von Amtswegen, ein Commissarius ernannt ist, so stehet dem Gegentheil frey, einen Concommissarius, bey dem nichts zu erinnern ist, vorzuschlagen. Dann kann einer ohne den andern nichts gültiges vornehmen, wenn dies gleich im Auftragsschreiben nicht ausdrücklich enthalten seyn sollte. Sind sonst mehrere Commissarien ernannt, welches zu Erspahrung der Kosten von Amtswegen nicht ohne erhebliche Ursachen geschehen muß, so kommt es darauf an, ob sie gemeinschaftlich, ohne allen weiteren Zusaz [indefinite], die Sache vornehmen sollen, Dies muß nothwendig geschehen: a) bey Commissionen in Sachen zweyer verschiedenen Religionsverwandten, und desfalls verordneten Commissarien von beydeu Religionen; b) wenn der andere Theil sich einen Concommissarius erbethen hat; c) wenn die Wichtigkeit der Sache oder andere erhebliche Bedenklichkeiten das Gericht bewogen haben, mehrere Commissarien zu ernennen. Ist dieses, so kann einer ohne den andern nichts gültiges vornehmen *i*). Es wäre denn, daß er dem andern darüber Auftrag ertheilte, und ihm diese Gewalt im Auftragsschreiben beygeleget worden. Alsdenn verfähret der andere in eigenem und des behinderten Concommissarius Nahmen *k*).

Wenn

Wenn aber das Commissorium dahin gestellet ist, daß einer ohne den andern bey dessen Behinderung oder nach dessen Tode, die Sache vornehmen soll, so muß dazu dieses den Anlas geben, daß an der baldigen Ausrichtung gelegen ist, und dergleichen Behinderungen besorget werden. Der Tod des einen Commissarius giebet dem andern nicht immer eine Befugnis sich der aufgetragenen Sache allein zu unterziehen, woferne der Auftrag nicht sowohl auf die Person des Verstorbenen, als auf das Amt gerichtet ist, als welches durch den Tod nicht geändert, sondern durch den Nachfolger im Amte fortgesezet wird *l*). Wenn nun mehrere Commissarien ernannt werden sollen, wovon der eine ohne den andern der Sache sich unterziehen soll, so rathe ich nicht die Clausuln: samt und sonders — samt oder sonders zu gebrauchen, weil über deren Sinn unter den Rechtslehrern gestritten wird, da erstere soviel heisen soll, daß der eine ohne den anderen, auch wenn lezterer nicht verhindert ist, mit dem Auftrage verfahren könne; leztere hingegen nothwendige Hindernisse und Abhaltungen des andern Commissarius vorausseze. Das leztere hätte noch seinen Nuzen, aber von ersterem lässet sich nicht absehen, warum alsdenn mehrere ernennet worden, wenn ohne Unterschied einer ohne den anderen in dem Auftrage verfahren soll. Allein dem Wortverstande nach ist samt und sonders — samt oder sonders, einerley. Besser wird es rund heraus im Rescript gesezet: daß falls der eine verhindert seyn oder versterben würde, alsdenn der andere sich der Sache allein unterziehen solle; oder, daß keiner ohne den andern

das mindeste vornehmen soll. Die Verhinderung muß also dem anderen angezeiget werden, und dies ist genug vor den andern, um nun sich der Sache allein zu unterziehen *m*). Ohne Noth ist diese Lehre trübe und verwickelt gemacht. Kaum wird man Fälle aufweisen können, wo von dieser Seite Zweifel entstanden wären, die sich nicht sofort gehoben hätten, und allemahl durch einen Bericht an den Oberen um Erläuterung des Auftrages sehr leicht gehoben werden können. Dies leztere rathe ich vorzüglich.

*a*) Dies geschiehet gleichwohl beym Cammergericht. Concept I. 41. 25. und III. 20. 10.

*b*) Concept I. 41. 25. und III. 20. 10. Justizreglement §. 21. Doch findet man vom Cammergericht Commissionen an Advocaten, Zeugen zu verhören bey v. Cramer wezl. Nebenst. Th. V. n. 1. am Ende.

*c*) v. Cramer wezl. Nebenst. Th. V. n. 1.

*c*) Vielleicht nach dem cap. 11. de rescript. in 6.

*d*) In catholischer geistlichen Sachen könnte kein weltlicher Beamter zum Commissarius ernannt werden cap. 2. X. de iud.

*e*) Reichshofrathsordnung II. 7. Capitulation Kaysers Franz Art. XVIII. §. 5.

*f*) Concept Th. I. Tit. 7. §. 1. Tit. 19. §. 4. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. Tit. 2. §. vlt. hessische Oberappellationsgerichtsordnung Tit. 5. §. 8.

*g*) c. 35. 36. X. de appellat. (II. 28.) Concept III. 20. 7. Rutger Rulandt gehet im ersten Theile des ersten Buches vom 6ten bis zum 29ten Capitul die Eigenschaften des Commissarius mit vieler

hei-

heiligen Einfalt durch. Die Leibesbeschaffenheit, untere und obere Seelenkräfte werden mitgenommen.

*h*) L. 47. D. de iud. Capitulation Kayserß Franz Art. 18. §. 5. hingegen keinen, der ein eigenes Interesse dabey hat, dazu verordnen, maasen sonst dergleichen Commissionen von keiner Kraft seyn sollen.

*i*) c. 16, 22. 42. X. de O. & P. I. D., c. 6. 7. in 6. ibid., arg. L. 16. 17. in fin. D. de receptis, L. 37. 39. D. de re iud.

*k*) c. 6. X. de O. & P. I. D.

*l*) c. 14. X. de O. & P. I. D., c. 5. de rescript. in 6.

*m*) c. 13. X. de rescript., c. 16. 21. X. de O. & P. I. D.

## §. 58.

### Von dem Auftragsschreiben [Commissorium].

Das Auftragsschreiben muß deutlich *a*) in sich halten, was der Commissarius thun soll. Ist das Auftragsschreiben widersprechend, zweydeutig, dunkel oder auf Schrauben gestellt, z. E. nach Befinden der Umstände zu verfahren, so thut der Commissarius bey Sachen von einiger Wichtigkeit am besten, wenn er zurück berichtet, die Zweifel anzeiget, und sich bestimmtere Vorschriften ausbittet *b*). Ist der Auftrag bestimmt und deutlich, so leidet selbiger keine Ausdehnung, und dessen Ueberschreitung ziehet die Nichtigkeit nach sich *c*). Wem aber das hauptsächliche Geschäfte [principale] aufgetragen ist, dem sind auch zugleich die damit verbundene Nebengeschäfte [ac-

cessorium], folglich auch die Wiederklage, und Einsezung in den vorigen Stand wider die Versäumnis aufgetragen *d*). Gleichergestalt ist dasjenige, welches ein Mittel zum Endzweck ausmachet, vor aufgetragen zu halten, wenn es gleich nicht in dem Schreiben des Obern ausgedrucket ist *e*) Tritt ein gegründetes Bedenken darüber ein, so ist es am rathsamsten, darüber bey dem Obern anzufragen. Der Regul nach muß der Commissarius den ordentlichen Proceß befolgen; es sey denn, daß ihm ausdrücklich vorgeschrieben wäre, summarisch zu verfahren, entweder weil die Sache an sich summarisch ist, oder weil der Regent [kein Oberrichter] gegründete Ursachen hat, die Sache so kurz als möglich abzuthun *f*). Ist ein allgemeiner Auftrag vorher ertheilet, und wird selbiger nachher bestimmter ertheilet, so hebet der lezte Auftrag den ersten auf *g*). Der Regul nach kann nur der Landesherr, als Gesezgeber, seine Aufträge dahin ertheilen, daß sich der Commissarius an keine Appellation oder andere Rechtsmittel kehren solle *h*); gleichwohl ist die Appellation ausdrücklich erlaubet, wenn zwey Commissarien zugleich die Sache übernehmen sollen, und einer sich derselben allein anmaset *i*). Weil aber die Rechte beyder Theile gleich seyn müssen, so darf alsdenn der Beklagte wegen seiner Wiederklage nicht appelliren, wenn in Ansehung der Klage dem Commissarius der Auftrag geschehen ist, sich an keine Appellation zu kehren *k*). Indessen ist aus den [§. 19.] angeführten Stellen teutscher Gesezе zu ersehen, wie wenig die Regenten heut zu Tage überhaupt

durch

durch Commissionserkennungen sich in gerichtliche Händel mischen dürfen, und daß sie soweit davon entfernet sind, solche Commissionen zu erkennen, wodurch die Appellation vorläufig verworfen wird, daß sie vielmehr selbige ausdrücklich vorbehalten. Die Appellation ist ein nothwendiges Vertheydigungsmittel. Welcher gerechte Fürst wird dies voreylig abschlagen? Wäre bey einem aufgetragenen Geschäfte die dringendste Gefahr; alsdenn hat ohnehin kein Rechtsmittel Statt, wodurch die Vollstreckung des Urtheils aufgehalten werden könnte [effectus suspensiuus]. Aber soweit wird es doch zugelassen, als es die weitere Ausführung der Beschwerden [effectus deuolutiuus] betrift. Es lässet sich also eine solche vorläufige Verwerfung der Rechtsmittel mit der Gerechtigkeit nicht vereinbahren. Würde einem Unterrichter ein Auftrag nicht vom Regenten, sondern von einem Oberrichter, über einen solchen Gegenstand ertheilet, wobey ganz unleugbahr kein Rechtsmittel, weder zur Hemmung der Rechtskraft, noch zur weitern Ausführung, oder auch blos in Ansehung der ersteren Würkung, Statt fände, so wäre dies ein Fall, wo der Oberrichter den Auftrag dahin richten könnte, daß sich der Unterrichter entweder überall an keine Appellation kehren, oder derselben ohnerachtet, mit dem Auftrage fortfahren solle. Am Schlusse des Auftragsschreibens wird jederzeit befohlen, demnächst davon, wie der Auftrag befolget worden, nebst Einsendung der Acten zu berichten, wozu auch wohl schon jezo eine Zeit vorgeschrieben wird. Wenn die erkannte Commissionen nicht ausgelöset

oder

oder den Commissarien nicht insinuiret worden, so erlöschen sie nach einem Jahre *l*). Die Behändigung geschiehet entweder durch die Post, und der Pedell bezeuget auf der Abschrift, daß das verschlossene Rescript auf die Post gegeben sey; oder es wird durch einen Bothen behändiget, welches aber zu viel Kosten machet. Daher wird auch wohl die Ur- und Abschrift dem bittenden Theile zugestellet. Dieser überreichet beyde im Gerichte oder dem Vorsizenden, welcher auf die Abschrift das Präsentatum sezet, und es unterschreibet.

*a*) Es sind dunkele Ausdrücke: Commission erkennen in meliori vel communi forma, welche im Concept III. 20. 11. und 12. vorkommen. Diese begreifet die Gewalt, vidimirte Abschriften von den Urkunden zu machen, nicht unter sich, wohl aber jene, wie auch mehrere einzelne zum Beweise gehörige Handlungen, wenn selbige umständlich angezeiget sind, vorzunehmen.

*b*) c. 2. X. de off. & pot. iud. del. Visitationsabschied von 1713. §. 86.

*c*) c. 32. 37. in f. X. de O. & P. I. D., c. 13. in 6. ibid., c. 22. X. de Rescript., L. 3. C. si a non compet. iud. (VII. 48.).

*d*) c. 1. 2. de mut. pet., c. 21. §. 2. 3. X. de O. & P. I. D., c. penult. X. de in int. rest. (I. 41.). Rutger Ruland I. c. P. I. Lib. III. c. 19. Mevius P. 6. Dec. 255. will weder Intervention noch Adhäsion zulassen.

*e*) C. 4. §. 1. c. 5. 11. 27. 28. pr. X. de O. & P. I. D., L. 1. §. 1., L. 5. §. 1. D. de off. ei. cui est mand. Idict. (I. 21.).

*f*) Clem. saepe de V. S., c. 13. X. de O. & P. I. D.

*g*) c.

g) c. 2. X. de off. leg. (I. 30.).

h) L. I. §. 4. D. a quib. appell. non lic., L. 4. C. si contra ius I. vtilit. publ. (I. 22.), c. 15. 27. X. de O. & P. I. D. c. 9. X. de appell. Und dennoch wird bey völliger Ungerechtigkeit des Urtheils die Appellat. zugelassen c. 9. X. de sent. et re iud. (II. 27.), c. 47. X. de appell. (II. 28.).

i) c. 27. §. 4. X. de O. & P. I. D.

k) c. 2. X. de mut. pet. (II. 4.).

l) Reichsabschied von 1594. §. 56., c. 23. X. de rescript.

## §. 59.

### Von der Verbittung einer erkannten Commission überhaupt und eines oder mehrerer ernannten Commissarien.

Wenn eine Commission erbethen oder auch schon würklich auf dieses Ansuchen oder von Amtswegen erkannt ist, so hat der Gegentheil die Befugnis: a) erstlich überhaupt sich der commissarischen Untersuchung zu wiedersezen, wenn der Fall so beschaffen ist, daß entweder überall keine Commission, oder doch nicht mit derjenigen Vorschrift, wie selbige im Auftragsschreiben enthalten, erkannt werden könnte *a*); z. E. wenn eine Commission ohne Grund zur ganzen Sache erkannt, oder das summarische Verfahren widerrechtlich vorgeschrieben worden wäre. Ferner kann der Gegentheil b) den Commissarius aus anzuführenden Gründen verbitten, welche nicht bis zur Verwerfung eines ordentlichen Richters reichen dürfen, weil es leichter ist, einen anderen Commissarius, als einen anderen Richter zu ernen-

nennen. Nur müssen die Ursachen nicht ganz unerheblich seyn und angezeiget werden *b*). Ueber die Ursachen der Verbittung kann der ernannte Commissarius ohne Nichtigkeit nicht urtheilen; das päbstliche Recht will die Ursachen von Schiedsrichtern untersucht wissen *c*); allein nie wird heut zu Tage eine solche Verschleifung der Sache gestattet, sondern die Ursachen der Verbittung des Commissarius bey dem Committenten angeführet *d*); oder, wenn man das lieber will, ein Concommissarius erbethen *e*). Wird ein Commissarius verbethen, wenn mehrere Commissarien mit der Gewalt ernannt sind, daß einer ohne den andern die Sache führen solle, so untersuchet der andere die angegebene Ursachen, und nimmt sodann die Sache allein vor, wenn der eine verbethen ist *f*). Diese Einreden sind aber dilatorisch und müssen vor der Einlassung vorgebracht werden, es müste denn seyn, daß erst nachher ein Verdacht wieder den Commissarius entstünde.

*a*) Leyser Spec. 77. med. 4. Stryk Introd. ad prax. c. 2. §. 21. Berger Oec. Iur. L. 4. tit. 3. th. 1. n. 14., c. 38. X. de O. & P. I. D.

*b*) c. 17. 25. 27. §. 3. X. de O. & P. I. D. Deputationsabschied von 1600. §. 176. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. II. Tit. 8. §. 16. Concept III. 20. 4., L. 16. C. de iud. Die Verordnung L. 47. D. de iud. daß ein von der Parthey vorgeschlagener Richter der Regul nach verdächtig sey, kann also hierher nicht gezogen werden.

*c*) c. 39. X. de O. & P. I. D., c. 4 in 6. ibid. c. 41. §. 1., c. 61. X. de appell. (II. 28.). In diesen Stellen ist aber das römische Recht im L. 16. C. de iud. unrecht verstanden. Concept. III. 20. 3.

*d*) Con-

*d*) Concept III. 20. 3. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung am angef. Orte.

*e*) arg. L. 9. D. de suspect. tut. Daß ein Commissarius vor sich einen Concommissarius ernennen dürfe nach c. 14. X. de O. & P. I. D., davon wird man heut zu Tage kein Beyspiel finden.

*f*) c. 4. in 6. alleg. c. 22. X. de O. & P. I. D. c. 13. X. de reser.

## §. 60.

### Von der Verbittung der aufgetragenen Commission von Seiten des Commissarius.

Auch der Commissarius verbittet oft nach eingelangtem Auftragsschreiben die ihm aufgetragene Commission *a*). Es muß dies aber ohne Aufschub *b*) und aus erheblichen Ursachen geschehen *c*), wiedrigenfalls werden wieder den Commissarius angemessene Zwangsmittel gebrauchet *d*). Manche Obergerichte sind aber hierinn sehr nachgebend, und nehmen einem Beamten, auch wenn die Behinderungsursachen nicht von so groser Erheblichkeit sind, leicht die Commission wiederum ab, welches transscriptio commissionis genannt zu werden pflegt. So verbath sich ein Commissarius in der Folge die Commission, weil er ein Freund des vormahligen Beklagten gewesen, er mit dem jezigen aber in keiner Verbindung stünde, und das committirende Obergericht willigte darinn, an Statt, daß ihm dieses Betragen als wiederrechtlich und unbesonnen hätte verwiesen werden sollen.

*a*) C. 28. §. 2. c. 29. pr. de O. & P. I. D. Rutger Ryland de Commiss. T. I. Lib. 11. c. 26.

*b*) Zelli-

b) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung II. 8. 17. arg. L. 27. §. 2. D. mandati (XVII. 1.)

c) Arg. L. 1. §. 1. D. de vacat. & excus. mun. (L. 5.).

d) C. 21. X. de O. & P. I. D.

## §. 61.

### Von Subdelegationen.

Nach römischen Rechten kann derjenige, welchem die Gerichtsbarkeit aufgetragen ist, selbige durchaus keinem anderen wieder auftragen *a*), und dies ist auch nach der Natur eines solchen Auftrages heut zu Tage als die Regul festzusezen, zumahlen alsdenn, wenn auf den besonderen Fleis und Geschicklichkeit des Commissarius Rücksicht genommen ist *b*). Folgendes sind aber die Ausnahmen von der Regul: 1) wenn die Partheyen selbst in die Subdelegation willigen *c*); 2) wenn der Pabst oder ein anderer Regent diese Gewalt ausdrücklich ertheilet *d*), einem anderen Richter stehet solches nach Willkühr nicht frey. 3) Verstehet sich die Befugnis zu subdelegiren von selbst, wenn einem Reichsstande vom Kayser, oder auch von jedem Oberrichter einem ganzen aus mehreren Personen bestehenden städtischen oder andern Gerichte ein solches Geschäfte aufgetragen ist, welches nie anders, als von subdelegirten einzelnen Mitgliedern ausgerichtet zu werden pfleget *e*), z. E. eine Besichtigung, ein weitläuftiges Zeugenverhör u. d. gl.

a) L. 5. pr. D. de off. ei. cui est mand. iurisdict. (I. 21.) L. 5. C. de iud. (III. 1.).

b) c.

b) c. 42. in 6. de O. & P. I. D. c. 43. pr. §. 1. X. ibid.

c) d. c. 43. Nach dem L. 5. C. de iud. L. vn. C. qui pro sua iurisdict. (III. 4.) wird solches den landesherrlichen Commissarien ohne Unterschied gestattet.

d) c. 3. 28. pr. c. 43. pr. X. de O. & P. I. D. c. 62. X. de appell. (II. 28.).

e) BOEHMER I. E. P. Lib. I. tit. 29. §. 14. 15.

## §. 62.

### Von Ausrichtung des Auftrages.

Es ist einem jeden, dem daran gelegen ist, sein Gewissen zu beruhigen und eine gute Meynung von sich zu begründen, zu rathen, nicht allein in allen seinen Berufsgeschäften überhaupt, sondern auch insbesondere in den Aufträgen der Obern allen Fleis und Sorgfalt zu zeigen. Dasferne aber der Commissarius die Sache liegen lässet, so wird derselbe in anderen als gerichtlichen Aufträgen von Amtswegen, häufig auch bey Strafe, erinnert, binnen einer gewissen Frist, dem Auftrage Folge zu leisten. Bey gerichtlichen Aufträgen aber geschiehet solches nicht von Amtswegen, sondern derjenige, dem an Beförderung der Sache gelegen ist, bittet den Commissarius, schriftlich oder mündlich, den Auftrag baldig zu verrichten, und sind dazu keine processmäsige Schriften erforderlich. Helfen diese Erinnerungen nichts, so wendet sich hauptsächlich derjenige, welcher den Auftrag veranlasset hat, sonst aber auch der andere Theil, wenn diesem an der Beförderung der Sache gelegen ist, durch eine förmliche Vorstellung an

den Oberen, welcher den Auftrag verrichtet hat, bescheiniget die Zustellung des Auftragsschreibens, zeiget an, daß seine Erinnerungen bisher fruchtlos gewesen seyen, und bittet um ein nachdrückliches Erinnerungsschreiben, [rescriptum excitatorium] welches denn auch unter diesen Umständen sofort ertheilet, und eine Frist zur Befolgung des Auftrages bey Vermeydung einer Strafe vorgeschrieben, häufig auch die Nachlässigkeit nachdrücklich verwiesen wird. Geschiehet auch nunmehro dem Auftrage kein Genüge, so wird mit Bescheinigung der Zustellung um ein schärferes Erinnerungsschreiben nachgesuchet, und auch dieses bey doppelter Strafe erlassen, der Commissarius aber in die vorige Strafe schuldig vertheilet. Bleibet auch dieses unbefolgt, so kann nach bescheinigter Zustellung gebethen werden, die Sache einem anderen aufzutragen, und den Commissarius zur Erstattung der vergeblich verursachten Kosten zu verurtheilen. Lezteres geschiehet zwar selten, nichts ist aber billiger. Ein solcher Commissarius wird häufig dadurch aufgebracht, und kann derjenige kein Zutrauen zu ihm haben, welcher ihn auf diese Art hat behandeln müssen, mithin ist dies eine hinreichende sich erst in der Folge ergebende Ursache ihn zu verbitten. Gehet aber alles in seiner Ordnung, so fertiget der Commissarius in gerichtlichen zum ordentlichen Proceß gehörigen Sachen diejenige Ladung aus, welche nach der Natur des Auftrages erforderlich ist. Bey Aufträgen, welche nicht in die Justiz einschlagen, oder summarische Sachen betreffen, geschiehet die Vorladung gemeiniglich nur mündlich durch den

Ge-

Gerichtsdiener. Woferne der Commissarius nicht überzeugt ist, daß den Partheyen die Abschrift des Auftragsschreibens aus dem Obergerichte mitgetheilet sey, welches billig immer geschehen sollte, so muß er der Ladung diese Abschrift des Auftragsschreibens beyfügen und sich zur Vorlegung der Urschrift im Termin erbiethen *a*). Allein bey anderen Aufträgen, welche nicht die Justiz betreffen, ist dieses Auftragsschreiben mit groser Vorsicht mitzutheilen oder bekannt zu machen, weil darinn oft besondere blos den Commissarius angehende Instructionen enthalten sind, welche niemand bekannt werden sollen. In Justizsachen aber giebt es keine andere Geheimnisse, welche die Partheyen nicht wissen dürften, als die Gutachten der Mitglieder des Gerichts. Mehr aus einem hergebrachten Gerichtsstyl als aus Schuldigkeit geschiehet es, daß der Commissarius, wenn die Partheyen angesehene Leute sind, von Commissionswegen befiehlet, vor seine Person aber freundlich ersuchet. Er stellet den Oberen vor, von welchem er den Auftrag hat. Dieser würde befehlen, also sollte er solches Nahmens ꝛc., ohne dergleichen unzeitige Höflichkeitsbezeugung, auch thun. Der Commissarius muß den Ort genau bestimmen, wo die Partheyen erscheinen sollen. Dies pfleget häufig derjenige Gasthof zu seyn, in welchem er zu Ausrichtung des Geschäftes abgetreten ist. Am Ende unterschreibet er, oder wenn ihrer mehrere sind, sämtlich nach ihrer Rangordnung, mit dem Zusaze: zu dieser Sache verordneter Commissarius. Auser ihrer gewöhnlichen Titulatur werden sie auch mit

diesem Zusaze in den Schriften von den Partheyen angeredet. Wegen des Ranges sezet es häufig Händel, ja es verbittet oft deswegen ein Commissarius, welcher einem andern, wie er glaubt, unrecht in der Anrede und Aufschrift des Auftragsschreibens nachgesezet ist, eine solche Commission, und zwar wenn dieser Rang einigermassen zweyfelhaft ist, mit Recht. Sind mehrere samt und sonders zu Commissarien ernannt, der eine aber behindert, so unterschreibet der andere auf diese Art: N. zu dieser Sache verordneter Commissarius, weil der Herr Commissarius O. behindert ist. Weil nun der Commissarius die Stelle des Obern vertritt, von welchem er den Auftrag hat *b*), so verrichtet er die Ladung, soweit der Gerichtssprengel seines Obern sich erstrecket, unmittelbahr, ohne Ersuchung, und giebt den Obrigkeiten, in deren Bezirk die vorzufordernde Leute wohnen, blos Nachricht von seinem Auftrage, damit es nur nicht aus Unwissenheit vor einen Eingrif in die Gerichtsbarkeit angesehen werde *c*). Es gebühret ihm auch eine verhältnismäsige Achtung; und eine jede ihm bey Ausrichtung des Geschäftes zugefügte Beleydigung oder respectwiedriges Bezeigen wird so angesehen, als ob selbiges dem Oberen selbst wiederfahren wäre *d*). Er ziehet also auch die Gebühren nach der Gerichtsordnung und Herkommen desjenigen Oberrichters, von welchem er den Auftrag hat. Nur machen es die Subdelegirten der Reichsstände bey Aufträgen der höchsten Reichsgerichte oft ein wenig zu arg. Es ist mir der Fall vorgekommen, daß in einer gewissen Sache von selbigen, ehe sie

an

an Ort und Stelle sich verfügten, 1000 Rthlr. Vorschus zu den Reisekosten gefordert wurden. In hiesigen Landen ist durch ein Regierungsausschreiben vom 22ten März 1780. an alle Aemter, Gerichte und Städte, verordnet, daß es zwar bey den in der Calenb. Canzl. Ordn. vorgeschriebenen Commissions-Gebühren wegen Abhörung der Zeugen und Execution sein Bewenden haben soll. In allen übrigen Aufträgen in Processachen aber sollen blos die in der Untergerichtsordnung bestimmte Gebühren, und wo Diäten zukommen, blos diese, ohne weitere Gebühren, worunter dem Beamten jedoch die Wahl gelassen ist, genommen werden.

*a*) c. 31. X. de O. & P. I. D. c. 2. X. de dilat. (II. 8.).

*b*) L. 1. § 1. L. 3. D. de off. ei. cui mand. est iurisdict. c. 11. X. de O. & P. I. D.

*c*) c. 7. 11. X de O. & P. I. D.

*d*) Rutger Rulandt de commiss. P. I. L. III. c. 15. n. 5. Die Strafe behält dieser Schriftsteller dem Obern bevor.

## §. 63.

### Von der Appellation wider einen commissarischen Ausspruch.

Woferne nicht der Auftrag aus rechtmäsigen Gründen mit dem Anhange geschehen, daß alle Rechtsmittel ausgeschlossen seyn sollen, so haben nicht allein die sonst zulässigen Rechtsmittel, welche bey eben dem Richter gebrauchet werden, Supplication, Revision u. s. w. *a*), sondern auch die

Appellation Statt: das gemeine Recht verordnet, daß wenn der Regent die Commission ernannt hat, die Appellation von einem commissarischen Ausspruche an den Regenten selbst gerichtet werden soll *b*). Oben [§. 19.] ist aus teutschen Verordnungen gezeiget, daß die Regenten die Appellation von den Aussprüchen der von ihnen ernannten Commissarien an ihre höchste Gerichte verwiesen haben. Dies muß man wohl nach der heutigen Verfassung durchgehends annehmen, weil die Fürsten sich mit keinen Justizsachen abgeben, und an ihren Höfen zu deren Behandlung keine Bediente haben. Selten kommen die Commissionen vor, welche unmittelbahr von dem Regenten ernannt sind. Häufiger sind die Commissionen der oberen Gerichte. Wenn hingegen eine Subdelegation vorgefallen, so unterscheidet das päbstliche Recht, ob der Commissarius die ganze Gerichtsbarkeit [welches bey kayserlichen Commissionen von den Reichsständen geschiehet] oder nur einzelne Handlungen einem Subdelegirten aufgetragen habe. Ersteren Falls soll von dem Ausspruche des Subdelegirten nicht an den Subdelegirenden, sondern an den Oberen selbst, im anderen Falle aber an den Subdelegirenden appelliret werden *c*). Von lezterer Entscheidung treten zwey Ausnahmen ein: 1) Wird von dem Ausspruche des Subdelegirten an den Oberen selbst, welcher die Commission angeordnet hat, appelliret, wenn der subdelegirende Commissarius in der Zwischenzeit in den Kirchenbann gefallen oder verstorben ist *d*), wohin also auch Absezung, Suspension vom Amte, langwierige Krankheiten und Reisen, kurz solche Verhin-

hinderungen gehören, wodurch ein beträchtlicher Aufenthalt der Sache [ne causa plus iusto prorogetur, wie es im angeführten c. 10. heiset] veranlasset werden würde. 2) Wird alsdenn vom Subdelegirten an den Obern appelliret, wenn mehrere Commissarien ernannt sind, wovon einer einen Subdelegirten ernannt hat, und dann dieser mit dem andern die Sache entscheidet *e*). Von Reichshofraths-Commissarien kann nicht an das CGer. appelliret werden *f*).

*a*) BERGER Oec. Iur. Lib. IV. Tit. 3. th. 1. not. 13. will, daß die Leuteration bey dem Oberen angebracht werde.

*b*) c. 18. 27. §. 2. X. de O. & P. I. D. Nou. 82. c. 3.

*c*) Die angeführte c. 18. 27.

*d*) c. 10. in 6. de O. & P. I. D.

*e*) c. 3. in 6. de O. & P. I. D.

*f*) v. Cramer Wezlar. Nebenst. Th. 25. n. 1.

## §. 64.

### Von der Erlöschung einer Commission.

Eine bereits erkannte Commission höret auf und erlöschet: 1) wenn der Commissarius verdächtig gemachet wird, und entweder nur einer oder zwar mehrere, jedoch zur gemeinschaftlichen Betreibung ernannt waren [§. 57.]. 2) Wenn dem Commissarius wegen seiner Saumseeligkeit die

Commission wieder abgenommen wird [§. 62.]. 3) Wenn der Commissarius verstirbet, der allein oder doch mit einem andern zur gemeinschaftlichen Betreibung ernannt war *a*); sind sie hingegen auch besonders zur Ausrichtung des Auftrags ernannt, oder ist die Commission einem ganzen Gerichte oder aus mehreren Personen bestehenden Amte ertheilet, so schadet der Tod des einen oder mehreren Mitglieder, ja das gänzliche Aussterben nicht, sondern die Nachfolger im Amte unterziehen sich dem Auftrage *b*). 4) Durch den Tod des Obern, welcher den Auftrag gethan hat, woferne es nicht ein ganzes Obergericht ist, höret nur alsdenn der Auftrag auf, wenn bey seinem Leben die Einlassung auf die Klage noch nicht erfolget, oder wenigstens nicht durch Behändigung der Ladung die Sache vor dem Commissarius rechtshängig worden ist *c*). 5) Wenn die Gewalt des Obern, ehe noch die Sache rechtshängig worden, aufgehöret hat *d*). Hierher gehören die Reichshofraths-Commissionen, wenn der Kayser vor der Rechtshängigkeit verstirbet. Die Cammer-, Gerichts- und Vicariats-Gerichts-Commissionen gehören unter die in der nächstvorhergehenden Nummer angeführte Regul. 6) Wenn eine Zeit zur Entscheidung in dem Auftragsschreiben bestimmet, und selbige verflossen ist; diese muß aber ausdrücklich solchergestalt vorgeschrieben seyn, daß deren Ablauf den Auftrag aufheben solle. Jedoch können in diesem Falle die Partheyen durch ausdrückliche Erklährung die Commission weiter hinaus erstrecken *e*). 7) Wenn das aufgetragene Geschäfte geendiget, und der Bericht mit den Com-

missions-

missionsacten an den Obern eingeschicket ist, hernach aber wieder etwas neues vorkäme *f*).

*a*) c. 42. X. de O. & P. I. D.

*b*) c. 14. X. de O. & P. I. D. c. 5. de Rescr. in 6.

*c*) c. 19. 20. 30. X. de O. & P. I. D. c. 6. in 6. ibid. Clem. 2. vt lite pend. L. 6. D. de Iurisd.

*d*) L. 13. D. de Iurisdict. c. 10. X. de off. legati (l. 30.).

*e*) c. 4. pr. X. de O. & P. I. D.

*f*) c. 9. 26. 37. in fin. X. de O. & P. I. D.

# Dritter Abschnitt

## Von den Haupt = und Nebenpersonen, so bey streitigen Gerichtshändeln auftreten.

### Siebentes Hauptstück

### von den streitenden Theilen.

### §. 65.

#### Nöthige Sorgfalt in Ansehung der streitenden Theile.

Nachdem bis hierin die Gerichtsbarkeit und die zu deren Ausübung gehörige Personen betrachtet worden, so ist es nunmehro nöthig, die streitende Theile, sowohl die Haupt- als Nebenpersonen, zu betrachten. Wenn Personen ohne Fähigkeit, einen Rechtsstreit zu führen, sich in selbigen mischen, so entstehet daraus unheilbahre Nichtigkeit. Haben sie zwar im allgemeinen diese Fähigkeit, es sind aber die völlig unrechten Leute, welche eine Rechtssache mit einander verfechten, so könnte doch ein erfolgtes rechtskräftiges Urtheil denjenigen nicht verbinden, welchen diese Sache eigentlich angehet,

gehet, in diesem Rechtsstreite aber nicht aufgetreten ist *a*). So offenbahr es also wieder die Rechte laufet, wenn es den aufgetretenen Personen an der Befugnis, die gegenwärtige Sache zu betreiben, ermangelt, so sehr ist es auch den logicalischen Reguln zuwider. Denn so oft ein ganz unrechter Kläger oder Beklagter auftritt, so oft bestehet der Schlus, wenn die Klage in die Schlusform gebracht wird, aus vier Füsen. Es ist also Richtern und Advocaten nicht genug zu empfehlen, gleich beym Anfange eines jeden Rechtsstreites, in Bestimmung der Partheyen sorgfältig zu seyn. Täglich siehet man aber hierin die äuserste Sorglosigkeit. Die mehresten glauben, genug gethan zu haben, wenn nur eine gedruckte gehörig vollzogene Vollmacht, welche die mehresten Leute, die sie unterschreiben, nicht verstehen, bey den Acten ist. Nur in einigen Sachen kommt es nicht darauf an, ob den die Sache, die er betreibet, vor seine Person angehe oder nicht. Im eiligen Besizstande [possessor. summariiss.], wenn derjenige abwesend ist, welchen die Sache angehet, kann ein jeder vor selbigen die Sache führen *b*). Ferner sind die Volksklagen von der Beschaffenheit, daß sie einen jeden, der sonst klagen kann, selbst den Minderjährigen, zulassen, und nur derjenige vorgezogen wird, welcher entweder ein besonderes Interesse bey der Sache hat, oder welcher am geschicktesten ist, die Sache zu betreiben *c*). Hätte aber einer durch Unterschleif mit dem Beklagten die Sache geendiget, so stehet es annoch einem anderen frey, desfalls zu klagen *d*). Das Rechtsmittel, einen zurückgehaltenen freyen Men-

schen

schen in seine Freyheit zu sezen, gehöret auch hierher *e*). Nur sind die Volksklagen heut zu Tage deswegen auser Gebrauch, weil entweder bey Gegenständen, die das gemeine Wohl betreffen, der Fiscal klaget *f*), oder von Amtswegen, auf blose Anzeigen [denunciatio] verfahren wird. Nach päbstlichen sowohl als römischen Rechten kann ein jeder klagen, wenn es auf Abwendung eines der Kirche wiederfahrenden Nachtheils ankommt, wenn der Bischof, Prälat, Capitul, die Geistlichen, der Patron stille sizen *g*).

*a*) Reichsabschied von 1654. §. 121. 122. L. 7. §. 2. D. de iure delib. (XXVIII. 8.), L. 6. §. vlt. D. de neg. gest. (III. 5.).

*b*) L. 1. C. si per vim (VIII. 5.), L. 3. C. qui legit. pers. (III. 6.).

*c*) L. 4. 6. de pop. act. (XLVII. 23.), L. 43. §. 2. D. de proc. (III 3.).

*d*) L. 30. §. 3. D. de iureiur. (XII. 2.).

*e*) L. 3. §. 11. de lib. hom. exhib. (XLIII. 29.).

*f*) BOEHMER I. E. P. L. III. T. 5. §. 154.

*g*) L. 28. in f. L. 46 §. 6. C. de ep. et cler. Nov. 131 c. II. in f. c. 6. in fin. X. de reb. eccl. alien. l. non (III. 13.) can. in primis 7. §. 6. C. 2. qu. 1. can. constitutum 60. C 16. qu. 1, can. decernimus 32. ibid. qu 7. BOEHMER l. E. P. Lib. III. tit. 48. §. 42. seq.

## §. 66.

### Von der gehörigen Bestimmung der streitenden Theile, a) daß weder mehrere noch b) wenigere, als zu der Sache gehören, auftreten.

Es müssen weder mehrere noch wenigere als Kläger oder Beklagte auftreten, als zur Sache ge-

gehören. Haben ſich mehrere Kläger oder mehrere Beklagte gemeldet, als zu der Sache gehören, ſo iſt dies blos eine Unordnung im gerichtlichen Verfahren, welches eines Theils die Bevollmächtigung beſchwerlicher machet, anderen Theils zu ſolchen Vorträgen Anlas giebet, welche die Sache verwirren. Daher muß billig der Richter gleich im Anfange diejenigen mit angeführten Gründen zurückweiſen, welche überall zu dieſer Sache nicht gehören. Sogar wird es als eine privat-Gewaltthätigkeit angeſehen, wenn andere ſich wiſſentlich in andere Rechtsſtreitigkeiten einmiſchen, und ſich einen Antheil davon bedingen *). Dahingegen hat zwar ein jeder bey theilbahren Sachen die Befugnis, blos vor ſeinen Antheil zu klagen, und unter mehreren Beklagten einen blos vor ſeinen Antheil zu belangen *a*); allein weil es des Richters vorzüglichſte Pflicht iſt, die Rechtsſtreitigkeiten einzuſchränken und weniger zu machen *b*), auch zuſammen gehörige Sachen nicht getrennet werden dürfen *c*), ſo ergiebet ſich hieraus von ſelbſt, daß wenn der Richter beym Anfange der Sache aus dem Vortrage ſiehet, daß mehrere Kläger oder mehrere Beklagte auftreten ſollen, er ſelbigen von Amtswegen die gemeinſchaftliche Betreibung der Sache auflegen könne *d*). Auch wenn verſchiedene Streitgenoſſen verſchiedene Klagen anſtellen, ſo müſſen ſie ſich wegen einer Klage vergleichen, oder der Richter hält ſie dazu an *e*). Es ſtehet alsdenn begreiflicher Weiſe den übrigen frey, ſich von der Sache los zu ſagen, und wenn dieſes auf verbindliche Art geſchehen iſt, ſo iſt man vor der Beſorgnis ſicher, daß nicht aus einer Sache mehrere

rere gemachet werden. Sind aber mehrere Streitgenossen mit Recht aufgetreten, so müssen sie ebenfalls gleich im ersten Bescheide bey nahmhafter Strafe angewiesen werden, einen gemeinschaftlichen Sachwalter zu bestellen *f*). (§. 116.) Dieses versiehet sich aber nur von mehreren Streitgenossen, nicht von Gemeinheiten, welche einen Syndicus bestellen müssen. Eine Gewerkschaft einer Eisenhütte u. d. g. sind kein corpus sondern mehrere Streitgenossen.

*) L. 6. D. ad L. Iul. de vi priv. (XXVII. 7.) L. 36 de R. I.

*a*) L. 1. C. de consort. eiusd. lit. (III. 40.), L. 5. §. 7. D. iud. solui (XLVI. 7.), L. 2. §. 4. D. fam. hercisc.

*b*) Reichsabschied von 1654. §. 34. pr. I. de poen. tem. litig. (IV. 16.), L. 13. C. de iud. (III. 1.) L. 21. D. de R. C. (XII. 1.) c. 3. de rescr. in 6.

*c*) L. 10. C. de iud. Nach dem c. 43. X. de rescr. u. c. 3. ibid. in 6. (I. 3.) sollen wieder einen Beklagten mehrere personal = Klagen durchaus bey einem Richter angebracht werden. S. auch Nov. 99.

*d*) arg. L. 11. §. 2. D. de Iurisd. (II. 1.), L. 48. D. fam. herciſc. (X. 2.), L. 25. de Leg. II. L. 84. §. vlt. de Leg. I. L. 5. §. 7. D. iud. solui. Hannöverisches Justiz-Reglement von 1718. §. 20.

*e*) L. 84. §. vlt. de Leg. I.

*f*) L. 48. D. fam. hercisc.

## §. 67.

### Von der Fähigkeit streitige Gerichtshändel zu betreiben, sowohl der natürlichen als der bürgerlichen.

Der Regul nach ist ein jeder fähig seine gerichtliche Sachen zu betreiben, und es müssen nur die

die Ausnahmen bemerket werden. Die Unfähigkeit gerichtliche Sachen zu betreiben, iſt entweder die natürliche oder bürgerliche. Zu jener gehören: 1) derjenige, welcher unter 14 Jahren iſt *a*); 2) der Raſende und Wahnwizige *b*), und zwar ohne Unterſchied ob er vernünftige Zwiſchenzeiten hat oder nicht; er müſte denn in einer ſolchen vernünftigen Zwiſchenzeit einen Bevollmächtigten auf die ganze Sache beſtellet haben. 3) Auch der Blödſinnige [ſolidus, hebes], welcher zwar keine wahnwizige Handlungen vornimmt, aber doch auch keiner vernünftigen Ueberlegung und Entſchlieſung fähig iſt, gehöret hierher. Im Nahmen dieſer Perſonen müſſen gerichtlich beſtellte Pfleger auftreten, und die ganze Sache ausführen. 4) Der Taub- und Stummgebohrne *c*), nicht aber der Blinde, Gebrechliche und kurz ein ſolcher, der zwar Mängel am Cörper oder an einem oder anderen Sinne hat, dennoch aber einen Sachwalter zu beſtellen fähig iſt *cc*). Die bürgerliche Unfähigkeit hingegen begreifet folgende Fälle unter ſich: A) Der römiſche Knecht konnte weder Kläger noch Beklagter ſeyn, ſondern alle Klagen ſtellte der Eigenthumsherr an *d*). Selbſt wenn er auf ſeine Freyheit klagen wollte, ſo muſte ein ſo genannter Aſſertor vor ihn auftreten, und es konnte zwar ein jeder auf die Freyheit eines bisher in der Dienſtbarkeit ſtehenden Knechtes klagen; es iſt jedoch beſtimmt, wer die Klage von den Verwandten anſtellen ſollte *e*). Dies iſt aber in neueren Geſezen abgeſchaffet. Heut zu Tage können die Leibeigenen alle und jede Klagen in eigener Perſon anſtellen und betreiben, wenn ſie

nur

nur die Sache, worüber gestritten wird, würklich angehet *ee*). Nur wollen die Leibeigenthumsordnungen häufig, daß sie nicht anders Klagen anstellen, oder als Beklagte selbige betreiben sollen, als wenn sie die Einwilligung der Gutsherrn beygebracht haben, damit sie nicht durch unnüze Processe sich und ihre Höfe in Schulden stürzen. Wenn aber der Guthsherr ohne erhebliche Ursache die Einwilligung verweigert, so wird selbige, nach untersuchter Sache, oder im Ungehorsamsfalle, von Gerichtswegen, vor geschehen angenommen, und ertheilet. B) Haussöhne und Haustöchter können, der Regul nach, so wenig als die Knechte, gerichtliche Sachen betreiben *f*), sondern der Vater muß vor sie, in väterlicher Gewalt, nicht als Vormund, auftreten, und die Kinder, welche 14 oder 12 Jahre, nach dem Unterschiede des männlichen oder weiblichen Geschlechts, zurückgeleget haben, ihre Einwilligung besonders zur Klage des pflichtwiedrigen Testaments, ertheilen, welches leztere heut zu Tage so genau nicht beobachtet wird; oder der Vater muß den Kindern zu Betreibung der Sache Auftrag ertheilen. Daß die Kinder in Ansehung des im Kriege erworbenen Vermögens, und was dem gleich geachtet wird, allein klagen können, verstehet sich daher von selbst, weil sie hier als Hausväter angesehen werden *g*). Gleichergestalt konnte der Sohn die Injurienklagen, das interdictum quod vi aut clam, die Klage aus dem Verwahrungs-[depositum] und Leyhcontracte [commodatum], actiones in factum, ja selbst die Klage wider den Vater wegen übler Wirthschaft der Fideicommissgüther vor sich anstellen *h*). So-

wohl

wohl aus unerlaubten Handlungen als aus Contracten können die Hausſöhne belanget werden *i*), jedoch wird wieder den Vater die Vollſtreckung des Urtheils in die Güter der Kinder [peculiotenus] erkannt *k*). Wegen der vom Vater herrührenden Kindergüter [pecul. profectit.] wird der Vaterallein belanget, wegen der von anderen herrührenden Kinder-Güter aber [aduentit.], auſer den im Kriege oder durch freye Künſte erworbenen Gütern, muß der Vater mit Einwilligung ſeiner erwachſenen Kinder, oder dieſe mit des Vaters Einwilligung, die Sache betreiben. Allein mit ſo vieler Genauigkeit wird dies in unſeren Gerichten nicht beobachtet, ſondern am ſicherſten iſt es, den Vater nebſt dem Sohne auftreten zu laſſen. Iſt der Vater abweſend oder nicht im Stande dem Sohne beyzuſtehen, ſo klaget dieſer allein *l*). Wenn Hauskinder und Eltern was wider einander zu klagen haben, ſo muß jenen, zumahlen wenn ſie minderjährig ſind, ein Pfleger des Reichsſtreites beygeordnet werden. In dieſen Sachen müſſen aber die Kinder die äuſſerſte Beſcheidenheit in allen ſchriftlichen und mündlichen Vorträgen beobachten *ll*). Nach römiſchen Rechten konnte wegen der Einheit der Perſonen und wegen der Strenge der väterlichen Gewalt gar keine Klage zwiſchen Vater und Sohn Statt finden *m*). C.) Minderjährige müſſen durch ihre Pfleger, oder, wenn ſie in väterlicher, und die unehlichen Kinder in mütterlicher Gewalt ſtehen, ihre Sachen durch ihre Pfleger oder Eltern führen laſſen *n*). Soll auf Theilung geklaget werden, ſo iſt überdem obervormundſchaftliche Einwilligung nöthig (*nn*). Die Minderjährigkeit will ſchlechterdings nach dem

Wohnort des Pupillen berechnet wissen, *Hommel* Rhapsod. obs. 409. n. 3. Diesem ist entgegen *Voet.* in Comment. ad D. L. 4. lib. VI. n. 8. IV. u. L. 1. Tit. IV. §. 7. sq. Die Gültigkeit der personal-Statuten auser dem Lande behauptet Runde im allgemeinen deutschen Privatrechte II. Hauptst. 3ter Abschnitt. §. 53. und die daselbst angeführte DD. In folgenden Sachen werden Minderjährige schlechthin zugelassen: 1) in geistlichen und welche selbigen gleich geachtet werden *o*). 2) Sogar Pupillen können sich bey dem Fiscus angeben, um einer Einziehung des Vermögens auszuweichen *p*). 3) Wenn sie in den Besiz eingesezet zu werden verlangen *q*). 4) Wenn sie von ihren Vormündern Unterhalt verlangen, und nicht leicht ein Pfleger auszumachen ist *r*). 5) Wenn Minderjährige über 14 Jahr ihren Vormund mit Zuziehung ihrer Verwandten als verdächtig anklagen *s*). Hierzu ist eine blose Anzeige hinreichend, weil die Obrigkeit dabey von Amtswegen verfahren muß. 6) Wenn sie wegen ihrer und ihrer Angehörigen Beleydigungen die Anklage verrichten *t*), welches also noch mehr von der blosen Anzeige [denunciation] gilt. Gemeinden die keinen Syndicus haben, können eben so wenig wie die Minderjährigen gerichtliche Streitigkeiten führen, (*tt*). Ob die Mitglieder der Gemeinde mit der Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung zugelassen werden, bezweifelt Schilter Exerc. 10. §. 56. seq. wieder Carpzov und andere mit Recht. D.) Die Frauenspersonen in den Gerichten, wo sie vermöge besonderer Verordnungen keine gerichtliche Sachen gültig betreiben können. E.)

E.) Gerichtlich erklährte Verſchwender, ſo weit die Klagen ihr Vermögen betreffen *v*). Wenn ein Verſchwender wegen Sachen die zum nothwendigen Lebensunterhalt gehören, beſprochen wird, ſo kann er darüber ſo gut im Gerichte ohne Curator auftreten, als er über dergleichen Nothwendigkeiten contrahiren kann, falls nicht der Curator ſeinen Unterhalt zu beſtreiten hatte, und dies öffentlich bekannt gemacht worden. Weil nun dem gemeinen Schuldner im Concurs gleichfalls alle Verfügungen unterſaget werden, die ſein Vermögen betreffen, ſo gehöret dieſer in dieſelbige Claſſe *x*).
F.) Die rechtskräftig in die Oberacht *y*) oder G.) in den Kirchenbann verurtheilet ſind *z*), können nicht klagen; diejenigen aber, welche Klagen wieder ſie haben, dürfen nicht darunter leiden, mithin können ſie belanget werden. H.) Bey den Römern konnten die hohen obrigkeitlichen Perſonen in dem Jahre ihres Amtes weder vor ſich noch vor ihre Pflegbefohlenen klagen oder als Beklagte ſich vertheydigen *aa*), welches heut zu Tage, wegen der Fortdauer der obrigkeitlichen Aemter, keine Anwendung leydet *bb*). Nur den jedesmahligen Prorector der hieſigen Academie kann man während des Prorectorats nicht belangen, es ſey dann Gefahr bey dem Verzuge, und dennoch muß die Einwilligung königlicher hohen Landesregierung dazu eingeholet werden *cc*): Hieraus folget, daß auch keine angefangene Sache wieder ihn fortgeſezet werden kann. Ohne Zweifel iſt die Urſache dieſes Geſezes, weil er das Haupt des academiſchen Gerichts iſt. Dieſe Urſache paſſet auf beyde Fälle, er mag Kläger oder Beklagter

seyn. Es ist aber gar kein Grund abzusehen, warum er nicht wegen dinglicher Ansprüche, in dem Gerichte wo die Sache belegen, an dem Orte, wo er einen Contract geschlossen, wo ein Arrest angeleget worden, und überhaupt in anderen Gerichten belanget werden könne. J.) Soweit Mönche und Nonnen nichts eigenes besizen können, soweit können sie auch weder klagen noch belanget werden, sondern der Prälat muß in ihrem Nahmen klagen oder sie vertheydigen. Andere als das Vermögen betreffende Klagen können sie ohne Bedenken anstellen. K.) Aus eben der Ursache konnten bey den Römern diejenigen nicht klagen, welche wegen begangener Verbrechen ihrer Güter beraubet wurden *dd*), welches heut zu Tage auser dem Hochverrath, und wenn durch besondere Verordnungen die Einziehung des Vermögens geordnet ist, keine Anwendung findet. L) Unehrliche Personen können nur keine peinliche Anklage *ee*), und nicht ohne glaubhaften Anschein eine ehrenrührige Klage wieder unbescholtene Leute anstellen *ff*). M) Ein Meineydiger kann nur alsdenn nicht klagen, wenn er einen beschworenen Vergleich bricht, und zwar nur nicht wegen dieser Sache *gg*). Wenn gleich vor einen Unfähigen Caution gemachet ist, so ist selbige eben so unverbindlich *hh*). Leztlich ist zu merken, daß von denen Fällen, wo ohne Erlaubnis des Prätors jemand nicht konnte vor Gericht gezogen werden (t. t. D. de in ius voc.) heut zu Tage keine Anwendung zu machen ist, weil wir die gewaltsame Art jemanden vor das Gericht zu ziehen nicht kennen, und alles dieses wegfiel, wenn durch eine Klageschrift,

ſchrift, und darauf abgegebene gerichtliche Verfügung verfahren wurde *ii*).

*a*) L. 1. C. qui leg. perſ. ſtandi (III. 6.) c. 3. de iud. in 6.

*b*) L. 1. 2. C. ibid. L. 19. §. 1. L. 20. 21. 22. pr. D. de reb. auct. iud. poſſid. (XLII. 5.) L. 5. de R. I.

*c*) VMMII Diſput. ad Proc. Diſp. 1. n. IV. p. 14. n. 23.

*cc*) Beym VALER. MAX. L. IV. c. VII. p. 6. kommt vor, daß einem Verſchnittenen die Fähigkeit im Gerichte zu erſcheinen verſaget worden, weil er weder Manns- noch Frauensperſon ſey. Allein L. 1. §. 6. D. de poſtul. läſſet die Verſchnittenen zu.

*d*) L. 32. D. de R. I.

*e*) L. 1-6. D. de lib. cauſa (XL. 12.) L. 3. §. 11. 12. D. de lib. hom. exhib. (XLIII. 29.) L. 53. D. de iud. (V. 1.) L. 6. 7. C. ibid. (III. 1.) Dieſe Klage konnte auch von den Verwandten wieder Willen des in der Dienſtbarkeit lebenden Menſchen angeſtellet werden. L. 1. §. 1. L. 2. 3. D. de lib. cauſa. Nur ſind nach dem L. 53. D. de iud. folgende Fälle ausgenommen, in welchen der Knecht wider ſeinen Herrn klagen konnte: 1) Auf Auslieferung eines Teſtaments, wenn der Knecht behauptete, daß ihm darinn die Freyheit vermachet ſey; 2) wenn er den Herrn des Verbrechens der Fruchtverſteigerung; oder 3) der Schazungsbetrügerey; oder 4) der falſchen Münzerey beſchuldigte; 5) wenn dem Herrn die Freylaſſung durch ein Fideicommiß auferleget war; L. 22. §. 1. ad SCt. Trebell. 6) wenn der Knecht ſich losgekaufet, oder ihm ſonſt die Freyheit verſprochen war, und der Herr das Verſprechen nicht hielt; oder 7) ein anderer vor ihn das Löſegeld zu bezahlen verſprochen hatte, und der Herr das Geld anzunehmen ſich weigerte; 8) auch wenn die Freyheit unter

der Bedingung: wenn der Knecht Rechnung abgeleget haben würde, versprochen war, konnte der Knecht wieder den Herrn klagen, daß iemand ernannt werde, welcher ihm die Rechnung abnehme.

*ee*) Cramer Wezl. Nebenst. Th. II. n. 2. und der daselbst angeführte Knipschildt de nobilit. L. 3. c. 19. n. 56-63.

*f*) L. vlt. §. 3. C. de bon. quae lib. (VI. 61.)

*g*) L. 3. C. de in ius voc. (II. 2.) L. 2. D. ad SCt. Maced. (XIV. 6.) L. vlt. C. ibid. (IV. 28.) L. 4. §. 1. D. de castrens. pec. (XLIX. 17.)

*h*) L. 9. 13. D. de O. & A. (XLIV. 7.) L. 18. §. 1. D. de iud. L. 8. pr. D. de proc. (III. 3.) L. 50. D. ad SCt. Trebell. In diesem Gesetze wird zwar von einem Sohne, welcher Soldat ist, geredet; allein die Klagen betreffen doch die väterliche Erbschaft nicht sein Feldvermögen.

*i*) L. 3. §. 12. D. de pecul. (XV. 1.), L. 39. D. de O. & A. (XLIV. 7.), L. 57. D. de iud. (V. 1.).

*k*) d. L. 18. §. 1. D. de iud., L. 3. §. 11. D. de pecul. (XV. 1.) §. 10. I. de act. (IV. 1.).

*l*) d. L. 18. §. 1. D. de iud. (V. 1.), L. 8. D. de Proc. (III. 3.).

*ll*) arg. L. 2. C. de in ius. voc. (II. 2.).

*m*) L. 4. 11. D. de iud. (V. 1.). L. 7. D. de O. & A. (XLIV. 7.), L. 3. C. de in ius voc.

*n*) L. 2. 3. C. qui legit. pers. (III. 6.), L. 14. C. de procurat., L. 11. C. qui pet. tut. (V. 31.), L. fin. §. 3. C. de bon. quae lib. L. 4. C. de aut. praest. (V. 59) L. 4. C. si adv. rem iud. (II. 27.) L. 54. D. de re iud. (XLII. 1.) L. 6. C. quomodo & quando iudex (VII. 43.) L. 3. §. 2. D. de tut. (XXVII. 1.)

*nn*) L. 17. C. de praed. & al. reb. min.

o) c.

*o*) c. f. de iud. in 6. (II. 1.), c. 14. X. de reſtitut. ſpol. (II. 13.), L. 15. §. 6. D. ad L. Iul. de adult. (XLVIII. 5.) Das römiſche Recht ſtimmt mit dem canoniſchen ein. Es irret daher de PUFEND. T. 1. obſ. II. Wenn er behauptet, Minderjährige könnten in Eheſachen in proteſtantiſchen Gerichten nicht zugelaſſen werden, weil die Ehe von den Proteſtanten nicht vor ein Sacrament gehalten würde.

*p*) L. 16. D. de I. fiſci (XLIX. 14.).

*q*) L. 7. C. qui admitti ad b. p. (VI. 9.). L. ult. C. qui legit. perſ. Durch dieſes Geſez iſt §. 1. I. de aut. tut. (I. 21.) abgeändert.

*r*) L. 1. C. de alim. pup. praeſt. (V. 50.) L. f. D. ubi pup. ed. (XXVII. 2.)

*s*) §. 4. I. de ſuſp. tut. (I. 26.).

*t*) L. 8, 11. D. de accuſ. (XLVIII. 2.).

*tt*) L. 1. C. de iure reipubl. (XI. 29.).

*v*) L. 1. D. de curat. fur. (XXVII. 10.), L. 7. §. 2. D. de I. delib. CXXVIII. 8.).

*x*) L. 17. pr. D. de rec. & qui arb. recep. (IV. 8.), L. 7. §. 2. D. de iure delib. (XXVIII. 8.), L. 14. pr. D. de reb. aut. iud. poſſ. (XLII. 5.), L. 4. D. de curat. bon. dand. (XLII. 7.), L. 40. de R. I.

*y*) Reichsabſchied von 1495. §. 3., Concept. II. 10. 3., arg. L. 47. D. de fideiuſſ. (XLVI. 1.), L. 5. C. de bon. proſcr. (IX. 49.), Nou. 134. c. vlt.

*z*) c. 7. X. de iud. (II. 1.).

*aa*) L. 48. de iud. zuſammengehalten mit L. 29. L. 7. D. ad L. Aquil. (IX. 2.), Magiſtratsperſonen die kein imperium hatten, konnten auch binnen dem Jahre ihres Amts belanget werden. L. 32. D. de iniur. (XLVII. 10.).

*bb*) So haben die Römer ſchon in neuern Zeiten gedacht L. 2. C. vbi Senat. vel Clariſſ. (III. 24.).

*cc*) Calenbergiſche Landesord. Th. 1. S. 717. §. 2.

*dd*) L. 13. D. de B. P. (XXXVII. 1.). Durch die Nou. 14. c. vlt. ist nur der Verlust der Freyheit aufgehoben.

*ee*) c. 3. C. 3. qu. 4. c. 1-14. C. 3. qu. 5. c. 31 §. contra versu: & quia X. de Simon. (V. 3), L. 4. 8. 9. D. de accusat. (XLVIII. 2.).

*ff*) L. 11. D. de dolo malo (IV. 3.).

*gg*) L. 41. C. de transact. (II. 4.). Im c. 8. X. de except. wird nicht sowohl wegen des Meineydes, als wegen des Kirchenbannes das Klagerecht verweigert.

*hh*) L. 2. §. 1. D. qui satisdare cog. (II. 8.).

*ii*) L. 15. D. de in ius voc. (II. 4.).

## §. 68.

### Von dem Rechte armer Partheyen.

Ein Armer wird derjenige genannt, welcher nicht soviel im Vermögen hat, daß er nach Abzug seines nöthigen Lebensunterhaltes, die Kosten eines Rechtsstreites führen kann *a*). In einigen Processordnungen ist eine Summe bestimmt, nach welcher die Armuth beurtheilet werden soll. Diese Armuth, woferne sie nicht allgemein bekannt ist, muß durch Zeugnisse der Prediger, Gildemeister, Schulzen und anderer glaubhafter Personen bescheiniget werden. Ehe nun jemand zu dem Armenrechte gelassen wird, muß er die Gerechtigkeit seiner Sache wahrscheinlich machen *b*), und den Armeneyd schwöhren, welcher theils eine Bestätigung der würklichen Armuth, theils ein Versprechen in sich hält, alles nachzuzahlen, wenn er zu Vermögen kommen

wür-

würde *c*). Wenn dieſes vorher gegangen, ſo wird der Arme zum Armenrechte, ohne auf den Wiederſpruch des Gegentheils zu achten, zugelaſſen, welches darinn beſtehet, daß ihm ein Fürſprecher und Sachwalter, welchen die Reyhe nach der Matricul trift, gegeben wird, welche ihm vorerſt umſonſt dienen müſſen. Die Sportuln und das Stempelpapier werden vorerſt nicht gefordert *d*). Verſchickung der Acten kann aber der Arme nicht verlangen, weil ſonſt das Gericht hier ſogar Auslagen thun müſte *dd*). Sind hingegen die Acten mit der Poſt an den Oberrichter zu ſchicken, ſo müſſen ſelbige entweder poſtfrey gehen, oder das Poſtgeld aus den Strafgeldern genommen werden *e*). Mit Succumbenzgeldern, wo dieſe hergebracht ſind, müſſen ſie verſchonet werden. Was von einzelnen Armen gilt, muß auch auf Armen-Inſtitute erſtrecket werden. Die armen Partheyen müſſen, wenn ſoweit vor ſie geſorget iſt, die Gerichte nicht in Perſon überlaufen, und wenn ſie dies ohne Noth thun, ſo werden ſie auſerordentlich geſtrafet *f*). Gewinnet nun der Arme ſeine Sache oder kommt ſonſt zu Vermögen, ſo muß er den Fürſprecher und Sachwalter lohnen, auch die Gerichtsgebühren und das Stempelpapier nachbezahlen. Der andere Theil kann immer, wenn die Umſtände der Sache es ſo mit ſich bringen, in die Unkoſten verurtheilet werden, wenn gleich die arme Parthey keine Koſten gehabt hat; denn ſein Advocat, Procurator, der Richter und die Stempelcaſſe müſſen unter dieſen Umſtänden das ihrige haben. Man könnte zwar einwenden, da der andere Theil keine Koſten von

der Armenpartey erstattet erhalten könne, die Rechte beyder Partheyen aber gleich seyn müsten, so könne auch dieser nicht in die Kosten verurtheilet werden. Allein die arme Parthey wird Statt der Kostenerstattung am Leibe gestrafet, und der andere wohlhabende Theil würde es doch übel zu nehmen Ursache haben, wenn man auch hier die Gleichheit der Partheyen geltend machen wollte. Verliehret er aber und zwar soweit, daß er auch in die Kosten v:rurtheilet werden müste, so fällt zwar dieses von selbst weg, aber er muß nach Masgabe des sich hervorgethanen Frevels am Leibe gestrafet werden g). Ja es kann dies leicht bis zu einer criminal: Strafe gehen, wenn sich hervorthun sollte, daß er wissentlich den Armeneyd falsch geschwohren hätte. Unterweilen hat eine Parthey zwar kein Vermögen um den Proceß zu führen, es ist aber der Gegentheil schuldig, desfalls Vorschus zu thun. Hierum muß gebethen werden, und ist nicht anders darauf zu erkennen, als wenn 1) der bittende Theil eine sehr anscheinend gegründete Sache, und 2) der Gegner entweder gewis an den bittenden Theil was zu bezahlen hat, oder ihn zu unterhalten schuldig ist *h*). Kommt eine arme Parthey während des Rechtsstreites durch Erbschaft u. s. w. zu Vermögen, so genieset er so lange das Armenrecht, als selbiges nicht ausdrücklich oder doch sehr deutlich stillschweigend aufgehoben worden, z. E. daß ihm wissentlich Kosten angesezet werden, er selbige auch entrichtet. Er entsaget dadurch dem Armenrechte stillschweigrnd, wenn er einen anderen Fürsprecher oder Sachwalter gegen Belohnung annimmt

nimmt, oder ſich des Stempelpapiers bedienet. In Rom iſt eine Congregation von St. Ives, welche ſich mit Führung der armen Partheyſachen beſchäftiget. The temporal Government of the Pope's ſtate. Von dem wirklichen Armenrechte iſt die Bitte um Annotation der Gerichtskoſten und Stempelpapieres unterſchieden, welche diejenige ſuchen, welche zwar nicht ganz zu den Armen gehören, jedoch gegenwärtig keine Mittel haben, den Proceſſ zu führen.

*a*) Concept l. 31. 10. und 55. Viſitationsabſchied von 1713. §. 110.

*b*) Celliſche Oberappellationsgerichtsordnung P. I. in f. Calenbergiſche Canzleyordnung Tit. 4. §. 17. 18. Concept l. 55. pr. unterweilen wird desfalls um Bericht geſchrieben, eben daſelbſt §. 3. Deput. Abſch. von 1600. §. 9. am Ende. R. A. von 1654. §. 105. Viſit. Abſch. von 1713. §. 11.

*c*) Concept l. 96. Zelliſche Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. am Ende. Calenbergiſche Canzleyordnung im Anhange n. 4. Dieſer Eyd wird beym Cammergericht bey allen von eben dem Armen weiter eingeführten Sachen erfordert. Concept l. 55. §. 8. Dies iſt aber eine Vervielfältigung der Eyde folglich Sünde wider das zweyte Geboth.

*d*) c. 11. §. 4. de Reſcr. in 6., L. 9. §. 5. D. de Off. Proconſ. (I. 16.), arg. Art. 47. C. C. C., Zelliſche Oberappellationsgerichtsordnung II. 1. 12. n. 2. Beym Cammergericht bekommen die Canzleybediente und Bothen die Hälfte der Sportuln aus dem Armenſeckel.

*dd*) LEYSER Spec. 85. med. 6. behauptet das Gegentheil; allein aus dem irrigen Saze, daß die Obrigkeit der armen Parthey überhaupt die Unkoſten hergeben müſſe. Nach der von ihm angeführten ſächſiſchen Proc. Ordnung hat freylich dies kei-

keinen Zweifel. Aber nach gemeinen Rechten läs-set sich dies nicht behaupten. Der aus dem Art. 47 der peinl. Halsger. Ordn. hergenommene Schlus passet nicht auf bürgerliche Sachen.

e) Beym Cammergericht hat man einen eigenen Ar-menseckel, woraus den armen Partheyen bis auf ½ Jahr Unterhalt gereichet wird; daher sie sich denn nicht über ½ Jahr beym Cammergericht auf-halten dürfen Conc. l. 63. 9. Visitationsabschied von 1713. §. 110. Sie dürfen aber nicht von den Gerichtspersonen in Dienst genommen werden. Bey anderen Gerichten wird den Armen zum Un-terhalte nichts gereichet.

f) Reichshofrathsordnung Tit. 4. §. 9.

g) c. 5. X. de dolo & contum. (II. 14.) Concept l. 55. 2. und l. 70. Deputationsabschied von 1600. §. 10.

h) arg. L. 27. §. 3. de inoff. testam. (V. 2.), L. 7. C. de ord cognit., c. 11. X. de accusat. (V. 1.), Leyser spec. 84. med. 8. und 13.

## §. 69.

### Von der Gleichheit beyder streitenden Theile, und wie weit der eine vor dem andern einen Vorzug habe.

Der Regul nach muß einem Theile das Recht seyn, was dem anderen Recht ist *a*). Indessen wird bey Anstellung der Klage, wenn selbige zweifelhaft ist, vor den Kläger *b*), bey dem Beweise vor beyde Theile, wegen der Begünsti-gung des Beweises *c*), am Ende aber, wenn die Sache sehr zweifelhaft ist, mehr vor die Ent-bindung des Beklagten, als vor dessen Verurthei-lung gesprochen *d*). Ein Erbe, wenn er Beklag-ter ist, kann sich mit der Unwissenheit schützen, nicht aber wenn er klaget *e*).

a) c. 2.

*a*) c. 2. X. de mut. petit. (II. 4.), L. 41. de R. I., L. 12. §. 4. C. de proxim. ſacror. ſcrin. (XII. 19.)

*b*) L. 1. §. 1. D. de O. & A. (XLIV. 16.).

*c*) CARPZOV Proc. Tit. IV. art. 1. n. 9-14.

*d*) c. 6. X. de fide inſtrum. in fine (II. 22.); L. 125. de R. I.

*e*) L. 42. de R. I.

## §. 70.

### Nähere Beſtimmung des Klägers.

Derjenige, welcher klagen will, muß vor ſeine eigene Perſon ein Klagerecht haben, wiedrigenfalls muß er ſogleich von Amtswegen abgewieſen werden *a*). Die Klagen, welche unmittelbahr aus einem Contracte und Vertrage oder nur mittelbahr aus dem Geſeze entſpringen, können 1) von denjenigen, welche ſelbigen eingegangen haben *aa*), 2) von denjenigen, welche zu deſſen Schlieſung den Auftrag oder Befehl [elterlichenoder herrſchaftlichen] ertheilet haben, angeſtellt werden. Der Gewaltgeber kann der Regul nach nicht wieder den Subſtituten ohne Ceſſion oder Anweiſung klagen *aa*[1]), wohl aber derjenige welcher eine Verwaltung und Berechnung aufgetragen hat, wieder den Subſtituten, wenn der Rechnungsführer verſtorben oder nicht zahlbahr iſt. Können dieſe Klagen *aa*[2]) 3) von denjenigen angeſtellet werden, auf welche das Recht, aus dem Contracte eines andern zu klagen, durch Geſeze übertragen iſt, und hierher gehören: a) der ungezweifelte Erbe *b*) des ganzen oder eines Theils des Vermögens *c*); nicht der Fiduciarius nach abgetretener Erbſchaft *cc*); auch

derjenige, welcher als Erbe besizet, oder die Erbschaft rechtmäsig in Anspruch nimmt, oder welcher die Rechtswohlthat der Ueberlegung zur Hand genommen hat, jedoch nur soweit, als es Klagen sind, welche eylig angestellet werden müssen *d*). Wer nur gewisse Stücke vom Erblasser erhalten, oder keinen allgemeinen Erbschaftstitul vor sich hat, kann keine Klagen aus Verträgen des Erblassers anstellen *e*). Derjenige wird aber heut zu Tage dem Erben gleich gehalten, welchem alle Güter geschenket sind *f*). Der Vermächtnisnehmer welchem eine erbschaftliche Schuld vermachet ist, kann zwar ohne Uebertragung des Erben nicht mit der Hauptklage [directa] wohl aber mit der nüzlichen [utili] klagen *ff*), denn ihm gebühret die vermachte Schuld gleich nach dem Tode des Erblassers. b) Der Ehemann kann, wegen der zum Brautschaze mit gegebenen, folglich ihm gleichsam eigenthümlich zustehenden Forderungen, in eigenem Nahmen ohne Vollmacht der Ehefrauen klagen, und muß nur zeigen, daß ihm selbige allgemein oder insbesondere als Brautschaz mitgegeben sind *g*). Bey denjenigen Forderungen, welche der Frauen auser dem Brautschaz zustehen, kommt dem Manne nicht schlechterdings ein alleiniges Klagerecht zu, sondern nur alsdenn, wenn selbige dem Manne ausdrücklich in der Ehestiftung mit übergeben sind, als wodurch er keinesweges Herr der Forderung wird, jedoch enthält dieses einen deutlichen Auftrag *h*). Sind die über den Brautschaz vorhandene Frauengüter nicht ausdrücklich dem Manne eingeräumet, so hat er nur eine muthmasliche Vollmacht, und wird gegen Sicherheit

wegen

wegen der Genehmigung (cautio rati) zur Klage zugelassen *i*). Derjenige, zu dessen Besten ein Vertrag von einem andern eingegangen ist *k*). c) Derjenige welcher ein Interesse hat, und auf dessen Gefahr etwas beruhet, mithin auch unter solchen Umständen ein Vormund und Beamter nach geendigtem Amte *kk*), weil ein solcher immer als procurator in rem suam anzusehen. d) Der Fiscus kann, wenn seine Forderungen völlig klar sind, diejenigen belangen, welche seinem Schuldner verhaftet sind *l*), ja, wenn die Kriegscassen was zu fordern haben, so können dieselbe die Forderungen des Kriegsschuldners, wenn gleich dessen Schuldner erst nach einiger Zeit zu bezahlen schuldig ist, sogleich einklagen, ohne den Ablauf der Zeit abzuwarten *m*), jedoch ist der Schuldner befugt, soviel weniger zu bezahlen, als ihm dadurch entgehet, daß er früher bezahlen müssen [deducto interesse temporis]. Dies waren die Fälle, wo einer vermöge gesezlicher Verordnung aus dem Contract oder Vertrage eines dritten klagen konnte. Es kann aber das Klagerecht aus einem Vertrage und Verabredung auf einen dritten übergehen. Hierher gehöret A) die ausdrückliche Uebertragung desjenigen, welchem die Forderung eigentlich zukam, wozu heut zu Tage keine Förmlichkeit gehöret *n*), auch nicht nöthig ist, daß man blos als Bevollmächtigter zu seinem eigenen Besten klage. B) Aber auch ohne ausdrückliche Uebertragung gehet die Befugnis aus dem Vertrage eines anderen zu klagen über, wenn derjenige, welchem die Klage zustund, auf andere Art seinen Willen deutlich erkläret hat,

sein

sein Recht übertragen zu wollen o). C) Wenn einer vermöge gesezlicher Verordnung oder vermöge eines Vertrages sein Klagerecht zu übertragen verbunden ist, z. E. der Erbe, welcher dem Vermächtnisnehmer die Klage wieder den Verkäufer der vermachten Sache übertragen muß, wie L. 38. D. de euict. (XXI. 2.) besaget, solches aber nicht thut, dazu schuldig vertheilet wird, und nun wegen seines Ungehorsams die Uebertragung vom Richter von Amtswegen vor geschehen angenommen wird. D) Derjenige, welcher eine Anweisung auf eine fremde Schuld hat, wird als Sachwalter zu seinem eigenen Besten zur Klage zugelassen p). Ich gehe von der Bestimmung des Klägers in Ansehung der persönlichen aus Contracten und Verträgen entspringenden Klagen, zu den persönlichen Klagen über, welche aus einer unerlaubten Handlung entspringen. Diese stehen hauptsächlich dem Beleydigten oder Beschädigten zu. Aber auch wegen zugefügter Ehrenkränkung sind diejenigen zu klagen berechtiget, welche den Beleidigten zu vertheydigen eine Befugnis haben, und durch diesen gleichsam mit beschimpfet sind. Hierher gehören: der Vater in Ansehung der Kinder; der Hausherr in Ansehung seiner Bedienten; der Ehemann wegen der Ehefrauen; sogar der Bräutigam wegen der Braut; der Erbe wegen seines Erblassers q); der oberste Befehlshaber eines Corps, Regiments, oder das Collegium, wenn einzelne Glieder, Subalternen oder untere Bediente in ihrem Amte beleydiget sind r). Der Erbe des Beleydigten kann, der Regul nach, auch aus unerlaubten Handlungen

gen

gen klagen, auſſer, wenn die Klage blos auf Rache abzielete; dieſe erlöſchen mit dem Tode des Beleydigten. Hierher gehören: 1) die Injurien-klagen, ſie mögen auf Geld oder andere Genug-thuung gerichtet ſeyn *s*); 2) die Klage auf Wie-derrufung einer Schenkung wegen begangener Un-dankbarkeit *t*); 3) die Klage wegen unpflichtmäſi-ger Enterbung *v*); nur den Enkeln ſtehet dieſe Klage ſchlechterdings zu, ohne darauf zu ſehen, ob ihr unpflichtmäſig enterbeter Vater binnen der Zeit verſtorben iſt, welche er ſich zur Ueberlegung ausgebethen hatte *x*). 4) die Klage auf Einzie-hung des Lehns wegen begangener Felonie *xx*). Endlich ſind 5) alle Klagen, welche eine Strafe, nur nicht die abgeredete, zum Grunde haben, hierher zu rechnen. Alle dieſe Klagen gehen aber alsdenn auf alle und jede Erben über, wenn ſelbige bey Lebzeiten des Erblaſſers angeſtellet ſind und die Einlaſſung erfolget iſt, wodurch die vorige Verbindlichkeit in eine andere, gleichſam wie aus einem Contracte, verändert wird *y*). Nachdem nun bisher von der Befugnis zum Klagerecht in Anſehung derjenigen Klagen gehandelt iſt, welche unmittelbahr aus einem Contract, Vertrage oder unerlaubten Handlung [actiones natiuae, auf gut ſcholaſtiſch], entſpringen, ſo berühre ich nur mit wenigem die Klagen, welche keine verbindende Handlung zum Grunde haben, ſondern unmittel-bahr aus dem Geſeze herrühren [actiones datiuae]. Hier iſt ſorgfältig dahin zu ſehen, daß ſie keinem andern, als demjenigen gegeben werden, welchem ſie das Geſez verliehen hat *z*) z. E. Nicht dem Vormunde wieder die Obrigkeit *zz*). Ich wende

mich nach Betrachtung der persönlichen Klagen zu den dinglichen auf das Recht selbst gerichteten Klagen. Diese kann nur derjenige anstellen, welcher dasjenige dingliche Recht hat, wovon die Frage ist. Nicht allein der Erbe, sondern auch der Besizer der Erbschaft, imgleichen derjenige, welcher selbige rechtmäsig in Anspruch nimmt, kann dingliche Klagen, wenn Gefahr beym Verzuge ist, anstellen *aa*). Die aus dem Eigenthume entspringende Klagen kann sowohl der vollkommene Eigenthümer, als derjenige, welcher ein unvollkommenes Eigenthum hat, selbst derjenige, welcher eine Erbpacht hat, anstellen, und wenn das nuzbahre Eigenthum noch dauret, so muß der nuzbahre Eigenthümer vorgehen, und kann dieser selbst wider den directen Eigenthümer klagen *bb*). Dieser ist aber an die rechtskräftigen Urtheile gebunden, welche wider den nuzbahren Eigenthümer ergangen sind, woferne nur dieser nicht betrüglich bey der Sache verfahren hat *cc*). So ist auch unter mehreren unvollkommenen Eigenthümern derjenige an das rechtskräftige Urtheil gebunden, welcher gewust hat, daß ein anderer die Sache führe, und solches, ohne sich zu melden, hat geschehen lassen *dd*). Die Erbschaftsklage können nur diejenigen anstellen, welchen ein Erbrecht zustehet. Derjenige wird aber nicht als Erbe betrachtet, welchen der eingesezte Erbe blos als Miterben aufgenommen hat *ee*) und kann wider dritte Personen als Erbe keine Klagen anstellen, wohl aber auf die Erfüllung des Versprechens wider den Erben klagen, der ihn als Miterbe aufgenommen hat. Gleichwie derjenige, wel-

welchem gleichsam als Erben der Besiz der Güter zuerkannt ist, im wesentlichen als Erbe betrachtet wird, also verhält es sich auch auf gleiche Weise mit der possessorischen Erbschaftsklage, welche von demjenigen anzustellen ist, welchem der Güterbesiz in den römischen Gesezen, gleichsam als eine Ausnahme von den bürgerlichen Gesezen, verliehen ist, wenn er sich binnen der gesezlichen Zeit darum gemeldet hat *ff*). Allemahl muß das Erbrecht selbst in Frage seyn, sonst muß mit der Erbschaftstheilungs-Klage geklaget werden *). Wenn jemand verstorben, der weder Testaments- noch bekannte intestat-Erben hinterlässet, folglich diese öffentlich vorgeladen werden, und sich nun mehrere und sehr verschiedene Erbschafts-Prätendenten melden, so fraget sichs wer Klägers, und wer Beklagtens Stelle vertreten soll? In einem Falle hatte eine gewisse Regierung nicht allein die Erbschaft sequestriret, und einen Pfleger zu der Verwaltung bestellet, sondern forderte diesen auch zur Beantwortung der angebrachten Legitimation auf. Ich kann mich jedoch nicht von der Rechtmäsigkeit dieser Einrichtung überzeugen. Diese Legitimation ist ein Streit, welcher die Erbschafts-Prätendenten unter sich betrift, folglich unter ihnen, wie ein Prioritätsstreit im Concurs unter den dabey interessirten Gläubigern ausgemachet, oder mit ihrer Bewilligung, zu Verhütung der gemeinschaftlichen Vollmachten, ein allgemeiner Contradictor bestellet werden muß. Geschiehet dieses nicht, so sind die Partheyen dergestalt in Ordnung zu bringen, daß derjenige, welcher der nächste zu seyn und alle andere auszuschliesen behauptet, die

Stelle des Imploranten, alle übrige aber, nach bestelltem gemeinschaftlichen Anwalde die Stelle der Imploraten übernehmen müssen, welche lezstere über des ersteren Legitimation überhaupt das nöthige zu erinnern und mit ihm auszumachen haben. Insofern aber ein oder anderer von gleichem Grade zu seyn behauptet, muß dieser insbesondere es mit ihm ausmachen. Geschwinder gehet alles, wenn sie einen gemeinschaftlichern Contradictor bestellen. Dieser kann aber nicht anders aus der Erbschafts-Masse bezahlet werden, als wenn es mit Bewilligung desjenigen geschiehet, der das ausschliesende nächste Erbrecht zu haben behauptet. Die Klagen wegen der Dienstbarkeiten, sowohl die confessortische als negatorische, werden blos dem Eigenthümer *gg*), dem Besizer im guten Glauben *hh*), dem antichretischen Pfandgläubiger *ii*), dem Erbpächter *iii*), folglich auch den Meyern, wenn sie nicht blos Zeitpächter sind, verstattet. Wenn dem Kläger in diesen Klagen der Mangel eines solchen dinglichen Rechtes entgegen gesezet wird, so muß die Hauptsache so lange ruhen, bis dieser Umstand erörtert ist *kk*). Ob der blose Nuznieser die confessorische und also auch die negatorische Klagen anstellen könne, ist eine sehr bestrittene Meynung. Soviel ist ausgemacht und unbezweifelt, daß er wegen einer jeden Dienstbarkeit, welche zu seinem Niesbrauche gehöret, wider der jeden Stöhrer derselben, und so auch wider einen jeden, welcher sich auf dem niesbräuchlichen Grundstücke eine Dienstbarkeit anmaset, die confessorische Klage aus seinem Niesbrauchsrechte anstellen und die Dienstbarkeit oder Freyheit, als

zu

zu seinem Niesbrauche gehörig, einklagen könne *ll*). Desto bestrittener aber ist die Frage: ob der Niesbräucher die confessorische oder negatorische Klage wegen des Grundstückes selbst anstellen könne. Diese Frage ist schlechterdings zu verneinen; denn so wird nicht allein im §. 4. I. per quas pers. cuique acquir. (II. 9.) dem Niesbräucher kein bürgerlicher Besiz beygeleget, sondern auch im L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. si vsusfr. pet. (VII. 6.) L. 1. in f. L. 2. D. de nou. op. nunc. (XXXIX. 1.) die Frage dahin entschieden, daß der Niesbräucher zwar einem dritten die Anzeige eines neuen Werkes im Nahmen des Eigenthümers thun könne; dies aber wider den Eigenthümer nicht zu gestatten sey. Beydes hat seinen guten Grund. Der Niesbräucher hat nur ein Recht auf seine Lebenszeit und kann also über nichts klagen, was das Grundstück auf ewig angehet. Derselbe ist aber verbunden, die Sache in demselben Stande zu erhalten, die Anzeige eines neuen Baues schläget dahin ein, und er hat also einen muthmaslichen Auftrag hierzu. Auch werden ihm wider einen dritten die possessorischen Rechtsmittel zur Erhaltung des Besizes gestattet *mm*). Daß er aber so wenig, wie ein anderer, dem eine Dienstbarkeit des Weges zustehet, den Eigenthümer im bauen hindern könne *nn*), ist den Würkungen des Eigenthumes völlig gemäs. Von der zustehenden Anzeige eines neuen Baues läset sich gar kein Schlus auf die confessorische oder negatorische Klage machen, welche dem Niesbräucher in den oben angeführten Gesezen so deutlich versaget ist. Auch lässet sich nicht behaupten, daß er zu der petitorischen Klage einen muthmas-

lichen Auftrag habe, welchen er bey der Anzeige eines neuen Baues hatte. Hier kommt es auf eine Thathandlung, dort aber auf eine dem Grundstücke auf immer anklebende Gerechtsame an oo). Wer aber klagen will muß auch veräusern können, weil eine Sache verliehren, welches doch immer auf dem Spiele stehet, selbige veräusern heisset. L. 17. §. 2. D. de iureiur. *Ant. Fab.* in rationabil. ad h. L. Diese zu verfechten kann niemand als dem Eigenthümer zustehen, nicht einem Niesbrauscher, dessen Befugnis nur auf Lebenszeit dauret. Schlieslich ist zu bemerken, daß gemeinschaftliche Eigenthümer unter einander, wenn sich der eine Gerechtsame zum Nachtheil des anderen anmaset, nicht die negatorien-Klage anstellen, die Sache nicht nach den Dienstbarkeitsrechten, sondern nach den Reguln des gemeinschaftlichen Eigenthums einleite und hiernach abgethan werden müsse, L. 26. D. de serv. praed. urb. L. 3. §. 1. D. de N. O. N. wornach im zweifelhaften Falle der verbiethende den Vorzug hat, L. 28. D. comm. divid. c. 56. de R. I. in Brunnem. in Comment. ad D. ibid. und einseitige ihm zum Nachtheile gereichende Unternehmungen verhindern kann. Was einem gemeinschaftlichen Eigenthümer hingegen zu keinem Nachtheile gereichet, muß er leyden. Bey den dinglichen Pfand- und Hypothekenklagen ist im allgemeinen vom Kläger nichts weiter anzumerken, als daß er derjenige seyn müsse, welchem ein ausdrückliches oder stillschweigendes, gesezliches, Unterpfands- oder Hypothekenrecht zustehet. Endlich die publicianische Klage erfordert, welches hier nicht weiter auszuführen ist, einen solchen Kläger, welcher einen

Titul

Titul, aus welchem eine Verjährung angefangen werden kann *pp*), und eine in gutem Glauben vorgegangene Erwerbungsart [modus acquirendi] vor ſich hat. Nur muß ſein Gegner kein gleiches oder wohl gar ſtärkeres Recht haben *qq*). Zum Schluſſe iſt allgemein zu bemerken, daß auſer den auf Dienſtbarkeiten und andere Gerechtigkeiten gerichteten Klagen, alle übrige auf cörperliche Gegenſtände gerichtete dingliche Klagen nur von demjenigen, welcher nicht im Beſize iſt, wider den Beſizer angeſtellet werden können *rr*). Ein einziger, vom Kayſer aber nicht genannter Fall, iſt ausgenommen. Hierunter iſt wahrſcheinlich der Fall des L. 1. §. 2. D. ſi pars hered. pet. (V. 4.) L. 15. D. de except. rei iud. (XLIV. 2.) vielleicht auch L. 15. D. de N. O. N. zu verſtehen. In den auf die Theilung oder auf Gränzberichtigung gerichteten Klagen, kann der eine Theil ſo gut klagen als der andere, und wenn ſie alle geklaget haben, ſo wird derjenige vorgezogen, welcher zuerſt geklaget hat. Wenn ſie aber alle zugleich geklaget hätten, ſo wird der Kläger durch das Loos beſtimmet *ss*). Häufig treten bey dinglichen Klagen, welche die Güter oder Gerechtſame eines herrſchaftlichen Amtes betreffen, die zeitigen Beamten als Kläger und Beklagte auf; dies würde angehen, wenn ihnen dieſes in ihrer Beſtallung vorgeſchrieben wäre; allein dieſe gehet gemeiniglich nur dahin, ſorgfältig bedacht zu ſeyn, daß den herrſchaftlichen Gütern und Gerechtſamen kein Nachtheil zugefüget werde, widrigenfalls ſie die nöthige Vorkehrungen machen und berichten ſollen; mithin ſind die Beamten ſodann gar nicht

befugt *), eine solche Sache gerichtlich zu verfechten, sondern es müssen dieselbe den Fall mit allen Umständen an die Cammer berichten, die Registratur fleisig durchsuchen, alle sonstige diensahme Nachrichten sammlen, unb mit dem allgemein oder besonders in dieser Sache bestellten Cammeranwalde in Briefwechsel treten, und selbigem das weitere an die Hand geben, welcher alsdenn in der Sache durch gerichtliche Vorträge das nöthige besorget *tt*). Weiter pflegen wegen der protestantischen Kirchengüter und Gerechtsame die mehreste Zeit die Kirchenvorsteher oder der Prediger die Klagen zu erheben, oder darauf zu antworten; bis dahin erstrecken sich aber ihre Bestallungen nicht. Dem päbstlichen Rechte ist es auch nicht gemäs *vv*). Es ist dahero ordnungsmäsiger, wie es auch in mehreren protestantischen Ländern gebräuchlich ist, daß die Prediger an das geistliche Gericht, wie die Beamten an die Cammer, den Vorfall berichten, und alle Nachrichten an die Hand geben müssen, worauf dann das geistliche Gericht durch einen Anwald die Sache betreiben lässet. Dies ist der dem geistlichen Gerichte zustehenden Oberaufsicht über alle Kirchengüter und Gerechtsame völlig angemessen, und es würde besser um selbige aussehen, wenn dies allerwärts beobachtet worden wäre. Wegen der Religionsbeschwerden, nimmt sich die Versammlung der evangelischen Reichsstände der Sachen an, und betreibet sie mit Recht als eine gemeinsame Beschwerde.

*a*) OLDEND. Sylloge except. ex edit. Roeſcneri P. 353.

aa)

*aa*) L. 25. pr. D. de O. & A. (XLIV. 7.) Es kann alſo wegen einer im Contract vorgegangenen Läſion von niemand anders als dem Contrahenten, oder deſſen Erben, nicht von einem Dritten, auch nicht wieder einen Dritten, geklaget werden. Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 843. und folg.

*aa*[1]) VOET. Comment. ad D. Lib. XVII. Tit. I. §. 5. 8.

*aa*[2]) Lange von Rechnungen c. 1. §. 3.

*b*) L. 37. D. de acquir. l. omit. hered. (XXIX. 2), L. 1. 2. 3. pr. D. de B. P. (XXXVII. 1.), L. 24. D. de V. S. L. 59. de R. I.

*c*) Der Sohn, wenn der Vater eine ſchwangere Frau hinterlaſſen hat, kann nur auf den 4ten Theil klagen, L. 28. §. vlt. D. de iud. Wenn mehrere Miterben da ſind, ſo kann der mehreſte Theil der Erben, wenn ſie Sicherheit wegen der Genehmigung der übrigen beſtellen, klagen L. 1. §. 37. L. 14. pr. D. depoſiti I. contra. L. 11. §. 20. 21. de Leg. III.

*cc*) L. 27. §. 7. D. ad SCt. Trebell.

*d*) L. 49. D. de H. P. (V. 3.) L. 7. §. 2. D. de iure delib. (XXVIII. 8.).

*e*) L. 59. D. de euict. (XXI. 2.).

*f*) LEYSER ſpec. 494. med. 2.

*ff*) L. 18. C. de leg. (VI. 37.) L. 75. §. 3. de Leg. I.

*g*) L. 71. D. de I. dot. (XXIII. 3.), L. 9. C. de R. V. (III. 32.), L. 2. C. de O. & A. (IV. 10.).

*h*) de PVFENDORF T. I. Obſ. 12. L. 8. 11. C. de pact. conu. (V. 14.).

*i*) L. 21. C. de proc. (II. 13.).

*k*) L. 8. C. ad exhib. (III. 42.). L. 13. §. 30. D. de act. E. V. (XIX. 1.) L. 16. D. de pact. L. 7. 8. C. de hered. l. act. vend. L. 1. C. de magiſtr. conve. L. 2. C. de O. & A.

*kk*) L. 38. §. 21. D. de V. O. L. 18. pr. D. de damno inf. L. 47. §. 1. D. fam. hercisc. L. 10. D. de furt. L. 19. pr. D. de hered. pet.

*ll*) L. 3. 4. C. quando fiſcus l. priu. (IV. 15.). L. 3. §. 8. D. de I. fiſci (XLIX. 14.).

*mm*) L. 1. C. de condict. ex Lege (IV. 9.) Repraeſentare pecuniam heißt voraus bezahlen.

*nn*) HEINECCII Synt. antiquit. Lib. II. Tit. I. §. 23.

*oo*) L. 16. D. de pactis (II. 14.), L. 7. 8. C. de hered. I. act. vend. (IV. 39.) d. L. 8. C. ad exhib.

*pp*) MEVIVS P. 8. Dec. 220. 439. 440.

*qq*) L. 1. §. 1. 4., L. 15. §. 24. 48. D. de iniur. (XLVII. 10.) §. 3. I. ibid. (IV. 4.), L. 22. §. 9. D. ratam rem haberi (XLVI. 8.).

*rr*) LEYSER ſpec. 546. med. 2.

*ss*) §. 1. I. de perpet. & temp. act. (IV. 12.) Daſelbſt heiſet es vel ſi qua alia ſimilis inueniatur, L. 10. §. 2. D. ſi quis caut. (II. 11.).

*tt*) L. f. C. de reuoc. donat. (CVIII. 56.).

*vv*) L. 6. §. 2. L. 7. D. de I. T. (V. 2.).

*xx*) L. 34. 36. C. de I. T. (III. 28.).

*xx*) HAMMELIVS de act. c. 1. n. 18. ibique citt.

*yy*) §. 1. I. de perpet. & temp. act. (IV. 12.). L. 6. §. 2. L. 7, D. de I. T. (V. 2.), L. 34. 36. C. ibid. Was in dem lezteren Geſeze unter den Worten: quando antiquis libris inſertam faciet praeparationem, verſtanden werden ſoll, iſt ſchwer zu ſagen.

*zz*) Dieſes Fach von Klagen muß man bey BOEHMER de act. Sect. II. c. 5. nachſehen.

*zz*) L. 2. D. de magiſtrat. conu. (XXVII. 8.).

*aaa*) L. 49. de H. P.

*bbb*) L. 1. §. 1. D. ſi ager vectig. (VI. 3.), L. 8. pr. D. de lib. cauſa (XL. 12.).

*ccc*)

*cc*) II. F. 26. 43.

*dd*) L. 63. D. de re iud. (XLII. 1.), L. 3. C. quomodo & quando iudex (VII. 43.).

*ee*) L. 52. pr. D. de pactis (II. 14.) Hiervon lieget der Grund im L. 1. D. de H. P.

*ff*) Meine Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe S. 209. §. 3.

(*) L. 1. §. 2. D. ſi pars hered. pet. L. 1. §. 1. L. 37. D. fam. herciſc.

*gg*) L. 2. §. 1. D. ſi ſeru. vind. (VIII. 5.).

*hh*) L. 11. §. 1. D. de publ. in rem act. (VI. 2.).

*ii*) L. 1. §. 1. D. ſi ager vectig. (VI. 3.).

*iii*) L. 16. D. de ſeruit. (VIII. 1.).

*kk*) L. 16. 17. D. de except (XLIV. 1.).

*ll*) L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. ſi vſusfruct. pet. (VII. 6.).

*mm*) L. 2. §. 3. D. ſi. ſeru. vind. (VIII. 5.).

*nn*) L. 3. §. 1. L. 14. D. de N. O. N. (XXXIX. 1.), L. 28. D. comm. diuid. (X. 3.).

*oo*) d. L. 2. §. 3. D. ſi ſeru. vind.

*pp*) L. 7. §. 16. 17. D. de publ. in rem act. (VI. 2.).

*qq*) L. 9. §. 4. L. f. D. ibid. L. 31. D. de act. emt. vend. (XIX. 1.).

*rr*) §. 2. 14. I. de act. (IV. 6.), L. 25. pr. D. de O. et A. (XLIV. 7.), wovon die Urſache im L. 2. C. de prob. (IV. 19.) und im §. 4. I. de interd. (IV. 15.) lieget.

*ss*) L. 13. 14. D. de iud. (V. 1.).

(*) arg. L. 7. D. de l. fiſci.

*tt*) Von den hieſigen Landen ſiehe die Generalinſtruction, wie ſich die Beamte in den Amtsproceßſachen zu verhalten haben, in den Calenbergiſchen Landesord. Th. IV. Cap. V. n. 111. Amtsordnung von 1674. Art. 9.

*vv*) c. 4. 5. X. de his quae fiunt a Prael. sine conf. cap. (III. 10.) c. 9. X. de iud. (II. 1.) c. 1. X. de proc. (I. 38.) Im c. 21. X. de rescr. (I. 3.) wird der Abt ohne die Conventualen zugelassen, wofern sie nicht verschiedene Gerechtsame haben.

## §. 71.

### Nähere Bestimmung des Beklagten.

Von dem Beklagten ist die allgemeine in der Natur einer Streitfrage gegründete Regul zu merken: daß er der rechtmäsige Gegner seyn müsse, widrigenfalls ist alles, was in der Sache ergangen ist, unheilbahr nichtig *a*), und wie eine Sache, die unter dritten Personen verhandelt worden, anzusehen. Auch hier will ich der Ordnung des vorigen §. folgen, und den Beklagten nach den verschiedenen Gattungen der Klagen, betrachten. Zuerst also von den Klagen, welche unmittelbahr aus einem Contracte und Vertrage entspringen. Hier ist der rechtmäsige Beklagte: 1.) augenscheinlich derjenige, welcher den Contract vor seine Person, also nicht der Vormundt nach geendigter Vormundschaft, *a*[1]) eingegangen hat, und hieher gehöret auch derjenige, welcher zwar vor einen anderen den Vertrag geschlossen, von seinem Auftrage aber entweder gar keine Erwähnung gethan, oder dessen nur im allgemeinen gedacht, nnd den andern dadurch hinter das Licht geführet hat. Z. E. Ich kaufe nicht vor mich, und sollen die Waaren morgen bezahlet werden *b*); oder welcher versprochen hat, vor die Bezahlung zu sorgen, zumahlen, wenn er nicht ausdrücklich saget, wer der Hauptschuldner sey.

z. E.

z. E. ein Dohmscholaster accordirte vor eine hohe Gesellschaft die Ausbauung eines Theaters mit dem Zimmermann und versprach vor die Bezahlung zu sorgen *c*). 2.) Derjenige, welcher einen Contract durch einen Auftrag, Befehl, auf seine Gefahr hat schliesen lassen, oder da, wo er mit Vorsicht und der Wahrheit gemäs einen Rath oder Gutachten geben muste, durch ein unüberlegtes oder ungegründetes oder wohl gar durch ein böslisches Gutachten, den anderen zum contrahiren bewogen hat. Mehrere Gesellschafter können gemeiniglich nur vor ihren Antheil belanget werden; dahingegen, wenn durch ihren Vorgesezten contrahiret ist, so haftet ein jeder vor das Ganze *d*). 3) Derjenige, welcher als Erbe *e*), oder sonst aus Ehestiftungen, Schenkungen, Leibzuchts-Contracten, alle Güter des andern contrahirenden Theils erworben hat, folglich einem Vertragserben gleich zu achten ist *f*). Wenn einer noch in der Ueberlegung begriffen ist, so kann er nicht belanget werden *g*). Der Besizer der Erbschaft wird auf die Vermächtnisse, Fideicommisse mit denen Klagen, wodurch jemand nur das seinige zurück verlangt, ohne Rücksicht auf den über die Erbschaft rechtshängigen Streit, belanget *h*). Der Fiduciarius hingegen welcher abgetreten hat, darf nicht mehr belanget werden, sondern der Fideicommissarius ist in Anspruch zu nehmen *i*). Dahingegen kann derjenige, welcher nur in einer gewissen Sache, wenn ein anderer aber im übrigen Vermögen zum Erben eingesezet ist, nicht aus den Verbindlichkeiten des Erblassers belanget werden, denn er wird unter diesen Umständen nur als Vermächtnisnehmer angesehen.

Anders

Anders verhält es sich, wenn kein anderer Erbe in dem übrigen Vermögen eingesezet ist. Dann ist er doch Erbe in allem übrigen Vermögen, und kann also belanget werden und andere belangen *k*). Ein Erbe wird allemahl nur vor seinen Antheil der Erbschaft belanget. Wenn zwey über die Erbschaft streiten und sich über die Erbschaft vergleichen, so werden sie nach Verhältnis des Verglichenen belanget (k ). Wenn er aber böslich einen geringern Antheil angegebeu hat, und dieser Lügen überführet wird, so wird derselbe zur Strafe nunmehro auf die ganze Schuld belanget *l*). Sind zwey oder mehrere Erben jedoch sämtlich in gewissen benannten Sachen eingesezet, so tragen sie die Schulden, nach der Zahl der Erben; der Falcidische Viertel aber wird nach Verhältnis der Erbschaftsstücke, so ein jeder erhält, gerechnet *m*). Der Erbe kaun nicht belanget werden, einen Contract zu erfüllen, welchen der Verstorbene ganz allein erfüllen konnte, z. E. die Verabredung zwischen dem Gelehrten und dem Buchhändler ein Buch zu schreiben *n*). Wenn aber der Verstorbene sich einer Nachlässigkeit schuldig gemachet hat, so muß hiervor der Erbe allerdings haften. Auf gleiche Weise kann der Erbe aus dem Contracte auf dessen Fortsezung nicht belanget werden, wenn der andere wissen konnte und wissen muste, daß selbiger mit dem Tode erlöschen muste; z. E. der Erbe des Niesbrauchers, wenn dieser das niesbräuchlich inne habende Gut auf weitere Jahre verpachtet hat; und noch häufiger der Landerbe, wenn der Lehnmann das Lehngut auf mehrere Jahre verpachtet durch seinen Tod aber das Lehngut auf den

Lehn-

Lehnherrn oder Seitenverwandte, die ſeine Erben nicht ſind, zurück fällt, weil jeder die Beſchaffenheit desjenigen kennen und wiſſen muß, mit dem er einen Contract ſchlieſet o). Der Fiſcus wird belanget, wenn er die Güter einziehet, ausgenommen, wenn dem Verurtheilten ſelbige wieder eingeräumet worden p). Der Fiſcus bezahlet aber auch, ohne die Rechtswohlthat des Güterverzeichniſſes gebrauchet zu haben, nie mehr, als ſo weit das Vermögen reichet q). Auſer dieſen Fällen kann niemand aus dem Contracte eines anderen belanget werden r). Die auf perſönliche Verbindlichkeiten gerichtete Klagen, welche unmittelbahr aus dem Geſeze entſpringen, werden nur wider diejenigen gegeben, welche das Geſez in den einzelnen Fällen in Verbindlichkeit geſezet hat, wovon Böhmer de act. Sect. 2. c. 5. nachzuſehen iſt. Endlich die perſönlichen aus unerlaubten Handlungen entſpringende Klagen, gehen auf Strafe und Schadenserſezung hauptſächlich wider den Verbrecher, und denjenigen, welcher dazu den Auftrag gethan hat, ſollte ſelbiger auch einigermaſen überſchritten ſeyn s). Sonſt kann ſchlechterdings kein dritter aus dem Verbrechen eines anderen, ſelbſt der Sohn nicht aus dem Lehnsverbrechen ſeines Vaters t), auf Strafe belanget werden; es müſte denn ſchon bey Lebzeiten des Verbrechers die Einlaſſung erfolget ſeyn u). Es verſtehet ſich, daß hier die Rede von Privatſtrafen iſt; denn öffentliche Strafen fallen wider den Erben ganz weg. Dadurch höret aber die Forderung desjenigen nicht auf, welche aus dem Verbrechen jemanden zuſtehet v). Die Schadens-

ersezung ist aber im römischen Rechte anders als im päbstlichen bestimmet. Nach ersterem kann freylich kein dritter, auch nicht einmahl der Erbe anders auf Schadensersezung belanget werden, als wenn entweder die Einlassung auf die Klage bey Lebzeiten des Erblassers bereits geschehen, oder der Erbe aus dem Verbrechen des Verstorbenen reicher worden ist *w*). Blos in den Verbrechen: repetundarum, residui und peculatus muß der Erbe binnen einem Jahre haften *ww*). Dies muß der Kläger beweisen, weil er sich hierinn gründet, woferne er es nicht auf die eydliche Angabe des Erben ankommen lassen will. Das päbstliche Recht hingegen siehet weder auf die Einlassung noch darauf, ob der Erbe reicher worden ist, sondern verbindet denselben schlechterdings zur Schadensersezung, soweit das erbschaftliche Vermögen hinreichet *x*), mithin ist der Erbe nur nicht schuldig, sein eigenes Vermögen, wenn jenes nicht hinreichet, dazu mit zu verwenden. Es ist allerdings der natürlichen Billigkeit gemäser, daß ein Erbe nicht ehender das Vermögen hinnehme, bis alles berichtiget ist, wozu der Erblasser verbunden war. Der Gerichtsbrauch ist völlig vor das päbstliche Recht *y*). Bey unerlaubten Handlungen, wenn mehrere zugleich, nicht etwa zu verschiedenen Zeiten, und ohne Gemeinschaft mit einander zu haben, einen Schaden zugefüget haben, muß einer vor den andern den Schaden vergüten, wenn man denjenigen nicht ausfündig machen kann, welcher den Schaden zugefüget hat *yy*). Persönliche aus dem Gesezе entspringende Klagen sind an die Person gebunden, wider welche sie gegeben sind *z*). Der Hausherr

wird

wird aus dem Verschulden seiner Dienstboten, die er zu einem Geschäfte brauchet, mit der act. praescr. verbis belanget. z[1]). Von den persönlichen Klagen wende ich mich zu den dinglichen. Hier muß allemahl nur derjenige belanget werden, welcher die Sache, worüber gestritten wird, im Besiz hat *aa*). Wenn der Beklagte den Besiz läugnet, so muß Kläger dies vor allen Dingen erweisen, und die Hauptsache so lange ruhen. Wird aber Beklagter einer böslichen Abläugnung überführet, so muß er die Sache dem Kläger abtreten und nunmehro selbst klagen und sein angemastes Recht auch erweisen *bb*). Ist er blos als Nichtbesizer entbunden, und bekommt nachher die Sache in Besiz, so kann er von neuem belanget werden, ohne daß die Einrede des rechtskräftigen Urtheils entgegen stehet *cc*). Die Eigenthumsklage wird zwar wider jeden Besizer zugelassen, jedoch stehet dem Beklagten zu aller Zeit frey, denjenigen zu nennen, von welchem er die Sache im Besize hat, und dann muß dieser belanget werden *dd*), woferne er sich nicht zu dem Rechtsstreite böslich anerbothen hat *ee*). Bey den auf Dienstbarkeiten gehenden Klagen, kann zwar der Regul nach ein jeder, welcher die Dienstbarkeit auf irgend eine Art verhindert, belanget werden, es muß jedoch ein solcher ein beständiges dingliches Recht an dem Grund und Boden haben, wider welchen die Dienstbarkeit oder Freyheit ausgeführet werden soll, und in soferne zu einer Dienstbarkeit insbesondere nachbarliche Grundstücke erfordert werden, muß es auch der Nachbahr seyn *ff*). Bey erbschaftlichen Klagen muß der Beklagte allemahl als Erbe wenig-

stens als Besizer der Erbschaft, nicht aus einem Contract und anderen sich auf das Erbrecht nicht beziehenden Grunde [titulo singulari] besizen *gg*), und derjenige seyn, welcher das Erbrecht streitig machet. Nimmt der Beklagte den Kläger als Miterben an, oder ist er es vermöge der Gesezе unläugbahr, so muß nicht die Erbschafts- sondern Erbschaftstheilungs-Klage angestellet werden (*). Besizet der Erbe das Kaufgeld der Erbschaft oder etwas ähnliches, so tritt das Geld an die Stelle der Sache. Aus Unterpfands- und Hypothekenrechten kann man nur wider den Besizer der Hypothek, jedoch wider einen dritten Besizer nicht ehender, als wenn zuvor der Hauptschuldner ausgeklaget ist, klagen, es mag eine allgemeine oder besondere Hypothek seyn *hh*). Mit der publicianischen Klage kann niemand anders belanget werden, als derjenige, welcher ein schlechteres Recht hat *ii*). Haben sie ein gleiches Recht von einem und eben demselben Eigenthümer, so gehet derjenige vor, welchem die Sache zuerst übergeben ist *kk*); und wenn sie beyde von verschiedenen die Sache durch Titul und Uebergabe erhalten haben und gleich sind, so gehet derjenige vor, welcher im Besize ist *ll*). Der wahre Eigenthümer, als solcher betrachtet, kann daher der Regul nach mit dieser publicianischen Klage nicht belanget werden *mm*); nur wenige Fälle sind ausgenommen *nn*). In den Streitigkeiten über den Besiz ist in meiner Einleitung in sämtliche summarische Processe §. 186. 194. 235. umständlich gezeiget, wer belanget werden müsse.

*) L.

a) L. 3. D. de colluſ. deteg. (XL. 16.) L. 3. C. qui legit. perſ. ſtandi ( III. 6. ) L. 36. de R. I. c. 19. de reg. iur. in 6.

a 1) L. 1. C. quando ex facto tut. L. 26. in fin. C. de adm. tut.

b) arg. L. 48. §. 2. zuſammengehalten mit L. 1. D. mand. L. 2. pr. L. 8. §. 1. D. de proc. L. 5. D. de neg. geſt.

c) §. 3. I. de inut. ſtipulat.

d) L. 1. §. ult. & LL. ſeq. D. de exerc. act. L. 13. §. ult. D. de inſtit. act. L. 9. pr. §. 1. D. de duob. reis. L. 68. D. pro ſocio, L. 16. D. de reb. cred. L. 1. ſeq. C. de com. rer. alienat.

e) L. 15. D. de O. & A. (XLIV. 7.).

f) L. 128. §. 1. de R. I. Es ſcheinet zwar L. 72. pr. D. de I. dot. (XXIII. 3.) im Wege zu ſtehen; allein hier war der Ehemann noch nicht völliger Eigenthümer, ſondern hatte nur das bürgerliche Eigenthum. Die Römer wuſten auch nichts vom Vertragserben. Dieſer iſt nur den Teutſchen bekannt. LEYSER ſpec. 494. med. 2. MEVIUS ad ius Lub. Lib. 1. Tit. IX. art. 1. n. 7. Struben Th. V. Bed. 42. u. 67. imgl. Th. I. Bed. 178. hält einen Leibzüchter oder Schenknehmer aller Güter nur vor einen ſingulairen Nachfolger und behauptet übrigens mit Recht, daß dieſer die nachher vom Uebergeber gemachte Schulden zu bezahlen nicht verbunden ſey; denn dieſer hat ſeine Güther gegen die Leibzucht abgetreten.

g) L. 7. §. 2. L. 10. D. de iure deliber. (XXVIII. 8.) L. f. §. 11. C. de iure delib. (VI. 30.).

h) L. f. pr. §. 1. C. de pet. hered. (III. 31.).

i) L. 27. §. 7. D. ad SCt. Trebell.

k) L. 15. §. 1. D. und L. 13. C. de hered. inſt. (VI. 24.

k) 1 L. 14. D. de transact.

*l*) L. 11. § 3. 10. 11. D. de interr. in I. fac. (XI. 1.)

*m*) L. 15. §. 1. D. de hered. instit.

*n*) LAVTERBACH Coll. th. pract. Lib. 19. Tit. 2. §. 58. L. 1. §. 9. C. de caduc. toll (VI. 51.).

*o*) L. 9. §. 1. D. locat. cond. (XIX. 2.) L. 19. de R. I.

*p*) L. 2. 3. D. de sent. pass. & rest. (XLVIII. 23.) L. 4. §. 20. D. de fideic. libert.

*q*) L. 1. §. 1. D. de iure fisci.

*r*) L. 11. D. de O. et A. (XLIV. 7.) L. 3. 11. C. ibid. (IV. 10.); t. t. C. ne vxor pro marito, vel maritus pro vxore, vel mater pro filio (IV. 12.) ne filius pro patre, vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono, vel seruus pro domino (IV. 13.) res inter alios acta (VII. 60.).

*s*) L. 5. C. de accus. & inscript. (IX. 2.), L. 11. pr. §. 3-6. D. de iniur.

*t*) HAMELIVS de act. c. 1. n. 18. L. 1. D. de del. priv. L. un. C. ex del. def. (IV. 17.).

*u*) § 1. I. de perpet. & temp. act. (IV. 12.) L. 139. pr. L. 164. de R. I. L. 26. 33. 58. D. de obl. & act. L. un. C. ex del. def. (IV. 17.) L. 4. 8. 16. §. 13. D. de publ. vect. & comm. (XXXIX. 4.)

*v*) L. 9. D. de iure fisci.

*w*) L. 58. D. de O. & A. §. 1. I. de perpet & temp. act. Diejenige Contracte, worinn eine besondere Treue erfordert wird, sind ausgenommen, wobey der Erbe die Schadensersezung schlechterdings leisten muß. L. 12. und 49. D. de obl. & act. (XLIV. 7.)

*ww*) L. vlt. D. ad L. Iul. pecul. (XLVIII. 13.) L. 15. §. 3. D. ad Sct. Turpill. (XLVIII. 16.) L. 2. D. (XLVIII. 11.) L. 2. C. ad L. Iul. repetund. (IX. 27.)

*x*) c. 10. C. 12 qu. 2. c. 3. C. 16. qu. 16. c. f. X. de sepult. (III. 28.) c. 5. X. de rapt. (V. 17.) c. 9. X. de vsur. (V. 19.) c. 28. X. de sent. excomm. (V. 39.)

*y*) MEVIVS P. 5. Dec. 39. STRYK V. M. tit. ad L. Aquil. §. 5. SCHILTER in praxi iur. rom. Exerc. 19. Th. 73. BRVNNEMANN ad L. 33. D. ad L. Aquil. n. 11.

*yy*) L.

yy) L. 11. §. 2. 4. L. 51. §. 1. 2. ult. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) L. 14 § ult. L. 15. 16. D. quod metus causa (IV. 2.) Unrecht wird L. 1. §. ult L. 3. D. de his qui effud. l. dejec. hieher gezogen, welches eine Verordnung ist, die blos um der Sicherheit der Strafen wieder die Reguln der Imputation hart ausfiel. Heut zu Tage werden die übrigen befreyet, wenn einer bezahlet hat. VOETIVS ad Pand. Lib. IX. tit. 1. §. 10.

zz) L. 1. pr. §. 2. seq. §. 17. D. de magistr. conv. (XXVII. 8.)

zz 1) L. 20. §. 2. D. de praescr. verb.

aa) L. 36. pr. L. vlt. D. de R. V. L. 25. pr. D. de O. & A. (XLIV. 7.) L. 1. C. de alienat. iud. mut. caus. (II. 55.).

bb) L. 80. D. de R. V. (VI. 1.) Nou. 18. c. 10.

cc) L. 14. §. 1. L. 17. 18. D. de exc. rei iud. (XLIV 2.)

dd) L. 9. D. de R. V. (VI. 1.) S. aber L. 19. §. 1. D de exc. rei iud.

ee) L. 2. C. vbi in rem actio (III. 19.).

ff) L. 25. 26. 36. 52. D. de R. V.

gg) L. 4. §. 4. 5. L. 6. §. 3. L. 10. §. 1. D. si serv. vind. (VIII. 5.)

*) L. 1. §. 2. D. si pars hered. pet. L. 1. §. 1. L. 37. D. fam. hercisc.

hh) §. 3. I. de Interd. (IV. 15.) L. 1. §. 1. D. quor. bon. L. 9. 10. 11. pr. §. 1. L. 12. 13. pr. §. 8. L. 20. §. 13. L. 25. §. 6. D. L. 7. 11. C. de H. P. L. 126. de R. I.

ii) L. 2. C. de pign. & hyp. (VIII. 14.) Nou. 4. c. 2 Nou. 112. 1. In lezter wird der Unterschied zwischen einer allgemeinen und besondern Hypothek vergeblich gesuchet.

kk) L. f. D. de publ. in rem act. (VI. 2.)

*ll*) L. 9. §. 4. ibid. L. 31. D. de act. emt. vend. (XIX. 1.)

*mm*) L. penult. & vlt. D. de publ. in rem act. L. 57. D. mand. (XVII. 1.)

*nn*) L. 72. D. de R. V. (VI. 1.) L. 24. D. de exc. rei iud. (XLIV. 2.) L. 18. §. 15. D. de damno inf. (XXXIX. 2.).

---

# Achtes Hauptstück

## von

# Fürsprechern [aduocatis].

## §. 72.

### Begrif eines Fürsprechers, und von der Fähigkeit die gerichtliche Fürsprache zu treiben.

Ein Fürsprecher ist der, welcher das Gesuch eines anderen im Gerichte ausführet. Um dies thun zu können, muß er die Fähigkeit zu Ausübung dieses Amts auf eine rechtmäsige Art erlanget haben. Ein Unfähiger wird entweder durch ein Decret abgewiesen *a*), (jedoch ohne Nachtheil der Partheyen in Ansehung einer etwa laufenden Nothfrist;) oder die Schrift wird in einigen Gerichten von dem, welcher deren Annahme und das Productenbuch zu besorgen hat, wenn zuvor der Tag der Uebergabe darauf bemerket ist, ohne Decret sogleich in der Absicht zurückgegeben, damit sie nach vorhergehender Unterschreibung von einem in der Ordnung sich befindenden Fürsprecher *b*) wieder eingereichet werde. Es ist entweder eine

be-

bestimmte Zahl Fürsprecher vorhanden *c*), oder es wird jeder, der nur sonst fähig ist, zur Advocatur nach vorhergehender Prüfung und Verpflichtung gelassen. Wer in die Zahl der Advocaten aufgenommen zu werden wünschet, muß sein Gesuch um die Zulassung zu der Prüfung bey dem höchsten Landesgerichte, auch in einigen Landen beym Landesherrn, oder bey der geheimen Rathsstube anbringen. Es ist fast überflüsig zu bemerken, daß der Candidat über 17 Jahr alt *d*) und eine Mannsperson *e*) seyn müsse. Keiner der taub *f*), blind *g*), unehrlich *h*) ist, und einen schlechten Lebenswandel führet *i*), oder einer der drey im heiligen römischen Reiche genehmigten Religionen nicht zugethan ist *k*), wird zugelassen. Bey den Anwälden des Cammergerichts wird noch besonders erfordert, daß sie ehelicher Geburt seyn, und eine Würde in den Rechten erlangt haben müssen *l*). Soviel die Wissenschaften betrift, so wird zwar heut zu Tage keine fünfjährige Erlernung des römischen Rechts *m*) erfordert, aber doch gewöhnlich auf einen dreyjährigen Aufenthalt auf einer Universität, und in dem cameralischen Teutschlande, oft auf den Aufenthalt auf einer einheimischen, guten oder schlechten Universität, ingleichen auf academische und andere Zeugnisse erfahrener Rechtsgelehrten, die schon den Römern nicht unbekannt waren *n*), Rücksicht genommen. Wenn keines von diesen Erfordernissen mangelt, so wird der sich um dieses Amt bewerbende zur Prüfung *o*) aus dem römischen und canonischen Rechte zugelassen, und er bekömmt Gerichtsacten, um entweder eine Relation, oder eine von den wichtigern processualischen Arbeiten,

z. E. eine Einführung und Rechtfertigung der Appellation daraus zu verfertigen *p*); wovon an einigen Orten der Candidat eydlich versichern muß, daß er sie selbst ohne fremde Hülfe gemacht habe; an denen Orten bedarf es aber dieses lezteren Stückes des Eydes nicht, wo der Candidat in einem Nebenzimmer, bis er mit der Arbeit fertig ist, eingeschlossen wird, und man ihm ausser den Acten nur den Gebrauch beyder Gesezbücher lässet. Nach eingehändigter Arbeit wird über die Fähigkeit des Candidaten geurtheilet, und er entweder zugelassen, oder vors erste zur besseren Betreibung seiner Wissenschaften angewiesen. Im ersteren Falle wird er nach vorgängigem Eyde *q*) in das Fürsprecherverzeichnis [Matricul] eingeschrieben, und zwar, um entweder alle Sachen ohne Unterschied vor allen Landesgerichten, oder nur bey denen höheren oder niederen Gerichten, betreiben zu können. Wie weit fremden Fürsprechern das Advociren verstattet werde, müssen die Landesordnungen ergeben *r*). In mehreren Landen haben die inländischen Advocaten einen Gildenzwang. Wo aber auch ausländische Fürsprecher zugelassen werden, da muß doch immer ein einheimischer Fürsprecher und Sachwalter die Schrift unterschreiben, welcher dann auch wegen des Inhalts verantwortlich ist. Auch ohne diese Prüfung und Immatriculation werden einige zum Vortrage gerichtlicher Sachen zugelassen, und dahin gehören: 1) die, welche eine Würde in den Rechten erhalten haben *s*); 2) Bediente, die ein solches Amt führen, dem sie ohne sattsame Rechtswissenschaft und Erfahrung nicht vorstehen können.

nen. Diesen erlaubt der Gerichtsbrauch gegen das geschriebene Recht *t*) das Advociren; jedoch mit Ausnahme der mächtigern Beamten *v*); des Fiscals oder einer Stadt *x*); 3) die Partheyen, die ihr Suchen selbst, entweder schriftlich oder mündlich vortragen, wenn sie nur alles hinreichend nach den Vorschriften des Processes einrichten *y*). Aus besonderen Ursachen werden oft die, welche sonst zur Praxis fähig sind, davon ausgeschlossen; denn 1) darf in der nehmlichen Sache niemand beyden Theilen dienen, wenn er nicht in die Strafe der Prävarication *z*) und des Meineydes *aa*) fallen will. Aus erheblichen Ursachen kann einer zwar den bisher von ihm bedienten Clienten verlassen *aa*) und dem Gegentheil, aber nicht in dem nehmlichen, wohl aber in einem ganz verschiedenen Rechtsstreite dienen *bb*). Im Concurs kann ein Advocat verschiedenen Gläubigern in Ansehung der Liquidität ohne alles Bedenken, in Ansehung der Priorität aber nur insoweit dienen, als nicht darunter welche vorkommen, welche die Priorität mit einander auszumachen haben. Ist der Fall zweifelhaft, so rathe ich, daß der Advocat bey dem Gerichte anfraget, ob er in der Sache schreiben dürfe. 2) Muß sich der Richter *cc*) nebst den übrigen zum Gerichte gehörigen Personen *dd*) der Advocatur bey dem Gerichte, wobey sie angesezet sind, enthalten; welches soweit gehet, daß der Richter, welcher, ehe er Richter wurde, dem einen oder anderen Theil in einer Sache gedienet hatte, das Urtheil darinn nicht fällen darf *ee*). Daher ist es eine etwas unsichere Meynung, wenn einige behaupten, daß

der Unterrichter die von ihm gefällte Sentenz in der Appellationsinstanz zwar zum Vortheil des Appellaten vertheidigen, aber nicht anfechten könne. Bliebe die Sache beym Oberrichter, so wäre nichts dabey zu erinnern. Würde sie aber zum ferneren Verfahren zurück geschicket, so könnte er weder als Advocat noch als Richter selbige fortführen. Wenn das Gericht nur aus einer Person bestehet, so darf auch der Sohn des Richters oder dessen naher Verwandter nicht in solchem Gericht advociren; wohl aber wenn er mehrere Collegen hat, da er in solchem Falle sich nur enthalten muß, seine Stimme zu geben. 3) Das Mitglied eines Collegii darf gegen das Collegium nicht dienen *ff*). Ein Geistlicher darf zwar überhaupt nicht in weltlichen Sachen advociren, wohl aber, wenn sie ihn selbst, oder nahe Verwandte, oder seine Kirche, oder unglückliche Personen betreffen *gg*); am wenigsten kann der Geistliche gegen die Kirche *hh*), oder der fiscalische Sachwalter ohne besondere Erlaubnis gegen den Fiscus *ii*) advociren; es müste denn die Sache seine Eltern, Kinder oder Pupillen angehen *kk*); und auch diese darf er heutiges Tages nicht bedienen *ll*). Alle bisher vorgetragene Gründe der Unfähigkeit muß der Richter von Amtswegen in Betrachtung ziehen, und einem solchen Unfähigen das Fürsprecheramt untersagen. Geschiehet dieses nicht, so kann die Einrede der Unfähigkeit zur Advocatur vom Gegentheil entgegengesezet werden. Zuweilen wird ein Fürsprecher unter Bedrohung einer Geldstrafe oder der Entsezung gezwungen, jemanden zu dienen, 1) wenn einer durch die List oder Macht des

Ge-

Gegentheils keinen Fürsprecher finden kann *mm*). 2) Werden sie die Rechtssachen der Armen umsonst so lange zu vertheidigen gezwungen, bis diese im Stande sind, den Ehrengehalt [honorarium] zu bezahlen *nn*). 3) Ist es Pflicht, die Vertheidigung der Inquisiten zu übernehmen *oo*), und zwar hin und wieder ohnentgeltlich, wenn der Inquisit nichts im Vermögen hat. Der Regul nach muß in diesem Falle der Gerichtsherr den Defensor lohnen. 4) Dürfen die Cammergerichtsanwälde ihre Dienste als Sachwalter niemanden verweigern, oder solche einem andern Anwalde auftragen *pp*).

*a*) Nach dem Argument des L. 1. §. 6. D. de postulando (III. 1.) L. 9. § 2. D. de offic. Proconf. (I. 16.). Derjenige, welcher sich an die Weisung des Richters nicht kehret, wird in eine Geldstrafe verurtheilet.

*b*) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. 3. §. 11. Calenbergische Canzley gemeine Bescheide n. 2. die Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 7. §. wir wollen aber hiermit, sezet auf den Mangel der Unterschrift des Fürsprechers ½ Rthl., und nach §. Es sollen auch, 1 Rthlr. Strafe.

*c*) Schon bey den Römern war eine bestimmte Zahl festgesezt L. 8. 11. pr. L. 13. 15-17. C. de aduoc. diu. iud. (II. 7.) L. 3. 7. pr. de advoc. diu. iudicum (II. 8.) Conc. I. 30. pr. Daß die Söhne der Advocaten andern vorgezogen werden sollen, ist zwar im L. 11. §. 1. L. 13. C. de adu. diu. iud. (II. 7.) L. 3. §. 5. C. de aduoc. diu. iud. (II. 8.) verordnet, und im Reichsvisit. Abschiede von 1713. wiederholt; allein es wird nicht darauf gehalten.

d) L.

*d*) L. 1. §. 3. D. de postul.

*e*) L. 1. §. 5. ibid.

*f*) L. 1. §. 3. ibid.

*g*) L. 1. §. 5. ibid. Der daselbst angegebene Grund dieses Verbots, weil er die obrigkeitlichen Ehrenzeichen nicht sehen und nicht verehren könne, ist lächerlich; der wahre Grund ist vielmehr, weil er Urkunden und was sonst zur augenscheinlichen Besichtigung gehört, nicht betrachten kann.

*h*) L. 1. § 8. ibid. L 6. C. de procurat. (II. 13.) c. 2. C. III. qu. 7. Diese Gesetze vereinigt LEYSER sp. 51. med. 5. mit dem §. 11. l. de except. Einem Advocaten, über den die special-Inquisition verhängt, oder der einer unehrlich machenden Handlung überführt ist, wird die Praxis entweder vorerst oder auf immer untersagt. Derselbe eben daselbst med. 6. und im coroll.

*i*) Concept l. 30. 1. daselbst: Redlichkeit — Wesens und Haltens halber. Visitationsabschied von 1713. §. 98. Reichshofrathsordnung 7. 1. Zellische Ob. Appellationsger. gem. Bescheide n. 24. Calenberg. Canzleyordnung 4. 8. QVINCTIL. XII. 1. 3. Non tantum eum, qui sit orator, virum bonum esse oportet, sed ne futurum quidem oratorem, nisi virum bonum. CICERO de orat. l. 19. 87. caput enim est oratoris, vt & ipsis, apud quos ageret [die müssen aber auch so aussehen], talis, qualem se ipse optaret, videretur; id fit vitae dignitate.

*k*) Concept l. 30. 2. c. 13. §. 5. X. de haeret.

*l*) Conc. das §. 1. Reichshofrathsordnung 7. 1. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 8. redlichen ehrlichen Herkommen.

*m*) L. 3. §. 4. 5. C. de aduoc. diu. iud. (II. 8.).

*n*) L. 2. §. 1. C. de aduoc. diu. iud. (II. 7.) R. Hofr. Ordnung 17. 1. Calenberg. Canzley gemeine Bescheide n. 4. Nach des Zellischen Oberappellationsger. gem. Bescheiden n. 24. u. 27. sollen die

Zeugs

Zeugnisse auch dahin geben, daß sie schon die Praxin getrieben oder erlernet haben.

o) L. 11. §. 1. C. de aduoc. diu. iud. Reichsabschied von 1500. §. 16. Reichshofrathsordnung 7. 1. Von diesem Examen sind aber die Bedienten, welche von den Ständen an den Reichshofrath geschickt werden, frey. Sehr vernünftig werden dem Candidaten schriftliche Fragen auf gebrochenem Pappier zugestellet, welche er auf einer Nebenstube sofort beantworten muß. Die Fragen müsten aber billig kurz vorher von jedem der Examinanten entworfen werden, damit sie nicht aus Freundschaft dem Candidaten mitgetheilet werden können.

p) Visitationsabschied von 1713. §. 98.

q) Siehe den Eyd im Concept l. 76. Reichshofrathsordnung 7. §. 2. 3. 19. Oberappellationsgerichtsordnung Theil 1. hinter dem 6ten Titul. Denn der Eyd, welcher im L. 14. C. de iud. (III. 1.) vorgeschrieben ist, gehet blos wider die Gefährde.

r) Beym Cammergericht aber werden sie zugelassen Concept l. 31. 5. desgleichen nach der Zellischen Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 1. Calenbergischen Hofgerichtsordnung Tit. 7. §. Wir wollen aber hiermit.

s) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. Göttingisches Universit. Privilegium §. 23. Calenbergische Canzleyordnung 4. 23. Concept I. §. 1. 2. u. 3. daselbst: der Rechte gewürdiget. Die Doctoren der Rechte werden in den Reichsgesezen den Rittern gleichgesezt, und dem niederen Adel vorgezogen. Reichsabschied von 1498. §. 39. Reichsabschied von 1500 Tit. 23. §. 5. u. f. R. Pol. Ordnung von 1530. Tit. 14. u. 15 und Tit. 17. § 1. R. Pol. Ordnung von 1548. Tit. 12. R. Pol. Ordnung von 1577. Tit 11. und 14. Klock de contribut. c 15. n. 57. hat zwey Vorstellungen eingerücket, welche zwischen den Rittern und

und Doctoren desfalls an den Kayser gelanget sind. Struben im 3ten Theil der rechtlichen Bedenken S. 441. bestreitet diesen Rang. Hommel de nobilitate Doctorum vertheidiget selbigen. Nach einem unter den Doctoren zu machenden Unterschiede haben beyde Recht.

*t*) L. vlt pr. C. de Aff. (I. 51.) Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 1. daselbst: oder sonst ihrer Redlichkeit u. s. w. Calenbergischer Canzley gem. Bescheide n. 4.

*v*) L. 1. C. ne liceat potent. patrocin. (II. 14.).

*x*) tit. C. ne fiscus l. resp. procurat. (II. 18.).

*y*) Reichshofrathsordnung 7. 1. daselbst: so nicht in ihren eigenen. Beym Reichshofrath wird eine solche Schrift unterschrieben: N. in curia praesens. Hierher gehöret das Argument aus dem L. 1. § 6. und 11. L. 3. 6. D. de postul. wo denen, welchen sonst die Advocatur untersaget ist, dennoch ihre nächsten Verwandten und Pupillen im Gerichte zu vertreten verstattet wird. Die Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 1. Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 7. §. Es wäre denn, kömmt hiermit überein.

*z*) L. 1. D. de his qui not. infam. L. 1. 2. 6. D. de praeuaricat. (XLVII. 15.), L. 1. §. 1. 6. D. ad SCt. Turpill. L. 212. de V. S. Art. 115. d. P. H. G. O.

*aa*) Auth. hodie iurant C. de iud. (III. 1.)

*bb*) L. 2. C. de aduoc. fisci (II. 9.).

*cc*) L. 6. pr. C. de postul. (II. 6.), L. vlt. in f. C. de Assess. (l. 51.).

*dd*) L. 5. D. de officio Assessor. (l. 22.) Cammerger. Canzleyordnung von 1656. §. 4. und 6. Das nehmliche ist von den Auditorn zu behaupten. Oberappellationsgerichtsordnung l. 2. 8. Herzogl. Braunschw. Landtagsabschied von 1619. §. 6. Ausschreiben Königl. Cammer, daß die bey denen Aemtern sich aufhaltende Actuarii, Auditores

res und der Beamten Schreiber so wenig bey sothanem Amte als wenig bey den obern Collegiis für die Unterthanen des Amts Suppliquen und Memorialien zu verfertigen, oder zu advociren sich unterstehen, der Beamten Verwandte auch vor solchem Amte advocando sich nicht gebrauchen lassen sollen, in den Calenbergischen Landesord. Th. II. S. 594.

*ee*) *L.* f. C. de Assess. L. 17. D. de iurisdict. arg. L. 36. D. de appellat. L. 25. D. de test. Visitationsabschied von 1713. §. 45. Concept l. 19. 8. Was dort den Cammerger. Beysizern erlaubt ist, daß sie nehmlich die, mit welchen sie verwandt oder verschwiegert sind, sollen berathen können, läst sich auf andere Gerichte nicht erstrecken. Ein Mecklenburgisches Obergerichte erkannte daher am 9ten Jun. 1773.: übrigens wird dem Advocaten v. B. hierdurch ernstlich verwiesen, daß er, als v. H.scher Justitiarius, sich in dieser vor dem v. H.schen Gericht vorhin anhängig gewesenen Streitsache nunmehro von der Beklagtin als Sachwald gebrauchen lassen, und hat er sich dergleichen unzulässige Handlungen führohin sub poena excitandi Fiscalis nicht weiter zu Schulden kommen zu lassen. Zu merken ist, daß die Sache nicht durch Appellation an das Obergericht gekommen war, sondern es entstund nur die gegenwärtige Sache aus einer vorherigen, und die gegenwärtige neue Sache wurde mittelst des Verwerfungseydes an dieses Obergericht gebracht.

*ff*) L. 10. §. 1. D. de postul. L. 2. C. de aduoc. diu. iud. (11. 7.). Der Eyd, daß man keine Geheimnisse offenbahren, allen Schaden abwenden, und allen Vortheil soviel möglich befördern wolle, erlaubt solches nicht.

*gg*) c. 1. 2. X. de postul. c. 2. 4. X. ne clerici l. monachi secular. negot. se immisc. Clem. 3. de procurat. L. 1. §. 6. D. de postul. Nov. 123. c. 6.

*hh*) c.

*hh*) c. 3. X. de postul.

*ii*) L. 1. 2. C. de aduoc. fisci (II. 9.).

*kk*) L. 10. pr. L. 11. pr. D. de postul. L. 13. C. de aduoc. diu. iud. (II. 7.). Der Vasall kann in bürgerlichen Sachen gegen seinen Lehnsherrn und der Bürger gegen den Magistrat und die Stadt advociren. LEYSER spec. 48. med. 3. und 4.

*ll*) Concept l. 26. 2.

*mm*) L. 1. §. 4. de postul. L. 7. C. ibid. L. 9. §. 5. de off. proconf. & leg. (I. 16.) Fast ganz überflüsig ist die Vorschrift des Concepts l. 31. 1., daß nehmlich niemand mehrere Fürsprecher annehmen solle, damit der Gegentheil auch einen finden möge; und daß niemand den anderen, wenn er nicht dessen Fürsprecher wird, berathen soll; denn mehr der Ueberflus als der Mangel an Fürsprechern ist jezo beschwerlich. Wenn der L. 7. C. de postul. dem Richter aufleget, dahin zu sehen, daß die streitenden Theile gleich gut vertheidiget werden, so wird dies heut zu Tage gar nicht beobachtet, VOETIVS in comm. ad Dig. tit. de postul. §. 11.

*nn*) Concept l. 19. §. vlt. Tit. 31. §. 10. und zwar unter der Strafe der Suspension oder Remotion. Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 13. Schwäbisches Landrecht cap. 76. art. 4. Er soll armer Leut Wort durch Got sprechen. Und thut er des nicht gern, das ist wieder Got und der Richter mag es ihm gebyeten mit Recht.

*oo*) Der Hannöverischen Justizcanzley gem. Bescheid vom 16ten Oct. 1766.

*pp*) Concept der Cammerger. Ordnung Th. I. Tit. 13. §. 214.

## §. 73.

### Pflicht der Fürsprecher bey Uebernehmung einer Sache.

Wird einem Fürsprecher eine Sache zu führen, angetragen, und stehet keine der im vorigen §. bemeldeten Hindernisse im Wege, die Sache zu übernehmen, so muß er vor allen Dingen 1) den Clienten erinnern, die Umstände der Sache aufrichtig vorzutragen *a*), welche denn der Fürsprecher schriftlich anmerken *b*), oder eine von der Parthey selbst aufgesezte vollständige Geschichtserzählung verlangen *c*), und solche da, wo Lücken sind, durch seine Fragen mehr auszufüllen suchen muß. Zur richtigeren Einsicht des Falles, muß er da, wo es auf Grade der Verwandschaft ankömmt, eine Stammtafel entwerfen, die Beweise dazu aus den Kirchenbüchern, Leichenpredigten, Leichensteinen, und sonstigen Urkunden zusammen zu bringen sich bemühen, auf der Stammtafel aber die Personen mit fortlaufenden Ziffern bezeichnen; bey local-Streitigkeiten aber das, worüber gestritten wird, selbst besichtigen, und einen Riß nach dem Maasstabe, wenn es auf diese Genauigkeit ankomt, und ein Handriß nicht schon hinreichet, und genauer Erklährung aller Buchstaben, womit auf dem Risse die in die Sache einschlagende Linien u. s. w. bezeichnet sind, verfertigen lassen. Bey Streitigkeiten, die Kunsterfahrenheit und Kunstwörter voraussezen, muß er, um sich deutliche Begriffe zu verschaffen, Kunstverständige zu Rathe ziehen, und dennoch die Sache selbst in Augenschein nehmen. Wie kann

jemand einem Richter eine Sache deutlich vortragen, wenn er selbst nur dunkele Begriffe davon hat *d*)? 2) Muß er den Clienten anhalten, alle Beweismittel anzuzeigen, und die etwa vorhandenen Urkunden ihm zuzustellen *e*). Der Fürsprecher muß allenfalls die nach der Lage der Sache möglichen Beweismittel selbst in Erinnerung bringen und die Parthey darauf führen. Zuweilen ist es nüzlich, wenn man vor Erhebung des Rechtsstreits vom künftigen Widersacher die Auslieferung der Documente verlangt, oder einen Beweis zum ewigen Andenken antritt. Auch auf die der Klage entgegen stehende Einreden muß er Rücksicht nehmen, ob und in wie weit selbige die Klage zernichten *f*). Sieht 3) der Fürsprecher, oder vermuthet er auch nur, daß eine mit der gegenwärtigen Sache zusammenhängende [causa connexa] vorhanden, oder die Sache, welche jezt in Frage kömmt, schon vorher anhängig gemacht sey, so muß er nicht eher einen Schritt thun, als bis er sich durch Einsicht der Gerichtsacten *g*) oder durch Auslieferung der Manualacten *h*) oder bey deren Unvollständigkeit, durch eine Copey des Actenverzeichnisses oder Actenprotocolles *i*) (§. 50.) und durch die Abschriften der fehlenden beträchtlichen Actenstücke *k*) eine vollständige Känntnis von der Lage der Sache verschaft hat, damit er nichts gegen die Acten oder rechtskräftige Erkänntnisse vornehme und deshalb in Strafe falle *l*). Unterdessen muß der Fürsprecher, bis zu vollkommenem Unterricht, mit Beziehung auf diese Hindernis, eine ihm angetragene bereits im Rechtsgange begriffene Sache, soviel ihm möglich ist, ohne Nachtheil

theil in ihrer gegenwärtigen Lage zu erhalten suchen. Aber der Richter muß dahin sehen, daß niemand dergleichen Gesuche, welche sonst, wenn sie gegründeter Weise angebracht werden, ein unvermeidliches Hinderniß ausmachen, zur Verzögerung des Rechtshandels misbrauche *m*). Der Reichsfiscal darf fiscalische Rechtsstreite nicht anders als mit Beyrath zweyer Cammergerichtsbeysizer, die daher sich des Stimmgebens nachher enthalten müssen *n*), erheben. Betrift aber die fiscalische Klage ein Fürstenthum, Grafschaft, Dynastie, Städte, u. s. w., so darf sie ohne Vorwissen des Kayfers nicht angestellet werden *o*). Dem ohngeachtet wird er, wenn es die Sache so mit sich bringt, in die Kosten, die aus dem Fiscus genommen werden, vertheilet *p*).

*a*) QVINCTIL. Instit. orat. X. 11. 7. saget gar recht: Liberum igitur demus ante omnia iis, quorum cauſſa erit, tempus & locum, exhortemurque vltro, vt omnia, quamlibet verboſe, & vnde volent, repetito tempore exponant. Non enim tam obeſt audire ſuperuacua, quam ignorare neceſſaria. Frequenter enim & vulnus & remedium in iis orator inueniet. CICERO de orat. II. 24. 102. Equidem ſoleo dare operam, vt de ſua quiſque re me ipſe doceat, & vt ne quis alius adſit, quo liberius loquatur, & agere aduerſarii cauſam, vt ille agat ſuam, & quicquid de ſua re cogitarit, in medium proferat.

*b*) QVINCTIL. I. c. XII. 8. 8. Nec tanta ſit acturo memoriae fiducia, vt ſubſcribere audita pigeat.

*c*) Bey bedenklichen Sachen und zweydeutigen Clienten handelt der Sachwalter vorsichtig, wenn er alle seine Schriften vom Clienten unterschreiben läst.

*d*) QVINCTIL. II. 21. n. 14-20. materiam rhetorices eſſe omnes res ad dicendum ei ſubiectas. CICERO de Orat. L. I. c. 6. n. 20. Etenim ex rerum cognitione efflorescat & redundet oportet oratio: quae niſi ſubeſt, res ab oratore percepta & cognita inanem quandam habet elocutionem & pene puerilem, und c. 11. n. 48. Dicendi enim virtus, niſi ei, qui dicit, ea, de quibus dicit, percepta ſint, exſtare non poteſt. POPE: what can we reaſon but from what we know? HORATIVS de arte poetica IX. 42-46 cui' lecta potenter erit res, nec facundia deſeret hunc, nec lucidus ordo. Dies ſollten auch die künftigen Richter mehr beherzigen, und ſich um die Sachen mehr bekümmern, die im gemeinen Leben vorkommen.

*e*) L. 42. de R. I. QVINCTIL. XII. 8. 12. Ideoque opus eſt intueri omne litis inſtrumentum, quod videre non eſt ſatis, perlegendum erit. Nam frequentiſſime aut non ſunt omnino, quae promittebantur, aut minus continent, aut cum alio aliquo nocituro permixta ſunt, aut nimia ſunt, & fidem hoc ipſo detractura, quod non habent modum.

*f*) QVINCTIL. XII. 8. 10. Nam cum ſatis in audiendo patientiae impenderit, in aliam ei rurſus perſonam transeundum eſt, agendusque aduerſarius, proponendum, quidquid omnino excogitari contra poteſt, quidquid recipit in eiusmodi diſceptatione natura.

g) Die Einſicht der gerichtlichen Acten iſt alsdenn nöthig, wenn die Manualacten ganz fehlen, oder man nicht hoffen kann, ſie ſobald, als es nöthig iſt, zu bekommen; oder wenn ſie ſehr mangelhaft ſind. Nur muß ſie nicht mehrmals zum bloſen Aufenthalt der Sache geſtattet werden. L. 6. §. 10. L. 7. D. de ed. (II. 13.) Wenn der ſtreitende Theil ſelbſt, oder der legitimirte Anwald, oder der, welcher als eine Nebenperſon bey dem geführten Rechtsſtreite angeſehen werden kann, z. E. der Fürſprecher, der Sachwalter die gerichtlichen Acten einzuſehen verlangt, ſo iſt die Erlaubnis des Richters in einigen Gerichten nicht nöthig,

nöthig, sondern man braucht sich nur an den, der die Aufsicht darüber hat, zu wenden. Cammerger. Canzleyordnung von 1673 §. 4. Concept l. 43. 26. Dem kayserlichen Fiscal, und so überhaupt den Fiscälen muß selbige immer gestattet werden. Visitationsabschied von 1713. §. 92. L. 3. D. de ed. (II. 13.) L. 2. § 1. D. de iur. fisci (XLIX. 16.) Nach der Zellischen Oberappellationsgerichtsordnung l. 3. 5. und in den mehresten Gerichten wird darüber ein richterliches Decret erfordert. Sodann muß man das Gericht darum bitten. Allezeit aber muß erhellen, daß der, welcher Gerichtsacten einzusehen verlangt, ein gegründetes, oft durch den Eyd für Gefährde zu bescheinigendes Interesse habe, arg. L. 5. pr. D. de iure delib. (XXVIII. 8.); sonst ist die Einsicht zu verweigern, und so ist der L. 2. C. de edendo (II 1.) zu verstehen. Dies verlangt die billige Strenge der gerichtlichen Geheimnisse und die gemeine Regul von Herausgabe der Urkunden. L. 6. §. 4. 5. L. 9. §. 3. 4. D. de ed. Nach dem Visitationsabschied von 1713. §. 97. soll einem dritten die Einsicht der Acten nicht ohne Vorbewust der Procuratoren gestattet werden. Siehet der Richter die Nothwendigkeit und das Interesse vor Augen, die gerichtlichen Acten einzusehen, so verstattet er selbige auch wohl von Amts wegen. Andere öffentliche Acten, besonders die, welche Geheimnisse enthalten, als Regierungs-Kriegs-Cammeracten u. s. w. werden nicht leicht zur Einsicht hingegeben, wenn sie nicht die Natur gemeinschaftlicher Urkunden haben, gleichwie überhaupt der Fiscus seine Urkunden nicht anders als unter der geleisteten Versicherung und Bedingung vorlegt, daß selbige weder dem Fiscus noch dem Staate zum Nachtheile gebrauchet werden sollen. Calenbergische Landesordnungen T. II. S. 246. arg. L. 45. §. 5. 6. 7. D. de I. fisci (XLIX. 14.). Ist die Einsicht der Acten verstattet, so werden sie nur am Gerichtsorte, obgleich nicht in der Versammlung, sondern blos in Gegenwart einer

gerichtlichen Person, zum Durchlesen und Ausziehen, nachdem vorher die Relationen und Stimmen der Beysizer davon genommen worden, gegen Erlegung der gewöhnlichen Gebühren vorgeleget, nicht gegen Scheine dem Advocaten verabfolget. Wie sich der Defensor beym Ausziehen der criminal-Acten zu verhalten habe, ist im peinlichen Proc. §. 552. gezeiget. Andere als criminal-Acten werden selten ausgezogen, sondern nur aufmerksam gelesen, und diejenigen Actenstücke nach ihren Ziffern ausgezeichnet, welche man sich in Abschrift erbitten will. Reichshofrathsordnung 3. 21. arg. L. 45. §. 7. D. de l. fisci. Cammerger. Canzleyordnung von 1656. §. 27. Concept Th. I. Tit. 41. §. 9. und Th. I. Tit. 43. §. 26. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 3. 13. L. 4. §. 5. L. 6. pr. D. de ed. L. 11. §. 1. D. ad exhib. (X. 4.) Visitationsabschied von 1713. Memorial dem Canzleyverwalter zuzustellen. §. 32. 34. Von diesen Reguln wird in vielen Gerichten abgewichen; dann kommen aber auch solche Fälle vor, wie folgender: ein Advocat suchte um Verabfolgung der Gerichts-Acten nach, welche er erhielt. Er arbeitete in langer Zeit nicht in der Sache. Die Ehefrau des Clienten erinnerte ihn nachdrücklich, worauf er ihr die Acten vor die Füse warf. Sie nahm selbige mit sich, und warf die Acten in den Flus. Als das Gericht die Acten vom Advocaten abfordern lies, kam obige Geschichte zum Vorschein, und wurde alles eingestanden.

*h*) Manual- oder Privatacten sind die, welche der Fürsprecher bey sich im Hause hat. Diese sind in eben der Ordnung zu sammeln und so sorgfältig aufzubewahren, wie die gerichtlichen Acten. Reichsabschied von 1654. §. 65. HEESER de actis iud. cap. 1. n. 9. Die Herausgabe dieser Manualacten wird entweder vom Sachwalter selbst, oder vom gegenwärtigen dritten Besizer, von dem Erben oder bey entstandenem Concurs

von

von dem Gütherpfleger, verlangt. L. 45. §. 4. D. de I. fisci. Im ersteren Falle wird dies Gesuch als ein zusammenhängender Nebenpunct (causa incidens, connexa) angesehen, und der Richter der Hauptsache, ertheilet einen Befehl, die Acten und Documente nebst einem Verzeichnis der Advocatengebühren ins Gericht zu liefern, um nach vorhergehender Mäßigung die Bezahlung dieser lezteren gegen die Auslieferung jener zu erwarten. c. 2. de Rescr. in 6. L. 25. in f. L. 26. D. de procurat. L. 8. pr. D. mand. (XVII. 1.) MEVIVS P. I. dec. 234. Concept l. 46. 1. Memorial der Visit. vom 18ten May 1574. § 4. 9. Die Sachwalter pflegen eine Belohnung für die Auslieferung der Concepte zu verlangen, welches zum Ermessen des Richters gehöret, und ohngefähr so hoch bestimmet werden muß, als das Abschreiben der Concepte, an deren Beybehaltung dem Fürsprecher gelegen seyn kann, sich belaufet. Wenn ein dritter die Manualacten in Händen hat, so ist er auf die eben angeführte Art, jedoch vor dem ordentlichen Richter zu belangen, weil der aus dem Zusammenhange der Sache hergenommene Grund hier nicht eintritt. Anders verordnet es das Concept Th, I. Tit. 60. im lezten §., denn hier werden die Erben zur Auslieferung der Acten gegen Bezahlung des rückständigen und richterlich gemäßigten Honorarium vom Cammergericht angehalten.

i) Aus dem allgemeinen Actenprotocoll und Verzeichnissen der Acten (§. 50.) erhellet die Zahl und Ordnung der Schriften, Decrete und Urtheile, daher dienen sie sehr zur Känntnis der Lage des Processes, nnd geben die etwa vorhandenen Lücken der Manualacten zu erkennen.

k) Es ist eine allgemeine Regul, daß alles, was der eine Theil ins Gerichte liefert, dem anderen auf jenes Kosten in Abschrift mitzutheilen sey. Wenn dies nicht geschiehet, muß man den Richter bitten, den Gegentheil zu solcher Mittheilung anzuhalten,

nicht aber um eine Abschrift aus den Gerichtsacten ansuchen. Dies muß billig von Amtswegen verfüget werden. Wenn die ersteren Abschriften verlohren gegangen sind, oder nicht haben aufgefunden werden können, so muß man deren nachmahlige Mittheilung auf eigene Kosten suchen, und solche wird dem, welcher entweder eine Hauptpartey oder Nebenperson in dem Rechtsstreite ist, oder doch ein Interesse dabey hat, oder den Eyd für Gefährde leistet, gegen die gewöhnlichen Sportuln ein und mehrmahlen, wenn es nur nicht zum Aufenthalt der Sache gesuchet wird, verstattet. Der Ansuchende muß aber die Ziffer der Actenstücke, deren Abschrift er verlanget, deutlich anzeigen. Concept l. 73. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 3. 12. am Ende. Relationen, Stimmen und Urtheilsgründe werden, wenn sie nicht von auswärtigen Rechtsgelehrten herrühren, nicht mitgetheilt; und im Mecklenburgischen auch nicht einmahl diese lezteren ohne Landesherrl. Dispensation. Auch kann nicht von denen Stücken Abschrift verlanget werden, welche nicht zu der gegenwärtigen Streitsache gehören. Z. E. durch eine condict. ob turpem l. iniust. causam, wurde der Zinswucher zurückgefordert. Die Landes-Regier. rescribirte an den Maaistrat des Orts wider dergleichen wucherliche Contracte zu wachen. Der Magistrat berichtete. Diese Stücke verlangte der Kl. in Abschrift, welche mit Recht abgeschlagen wurden. Dies waren Policey-Acten.

*l*) Der Mangel der Acten entschuldiget den Sachwalter nicht, da er die vorberührten rechtmäsigen Mittel, solchen Fehler zu vermeiden, hätte gebrauchen können und sollen. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 7.

*m*) L. 36. pr. L. 45. §. 1. D. de iud.

*n*) Reichshofrathsordnung 6. 6. Concept l. 28. im Anfange u. f.

*o*) Concept l. 28. 5.

*p*) Eben daselbst l. 28. 2.

§. 74.

## §. 74.

### Pflicht des Fürsprechers beym Vortrage der Sache, a) in Ansehung der Redlichkeit.

Ein kluger und ehrliebender Fürsprecher, wenn er nach dem vorhergehenden §. hinlänglich unterrichtet ist, muß seinem Clienten das wahrscheinliche Schicksal seiner Sache aufrichtig entdecken, und 1) keine böse Sache, sie mag sich ihm Anfangs, oder erst in der Folge von dieser schlimmen Seite zeigen, vertheydigen *a*). Eine zweifelhafte Sache, die aber wahrscheinliche Gründe vor sich hat, vertheydiget er hingegen mit Recht *). Ein Aufhezer der Partheyen, besonders der Unterthanen wider die Landesobrigkeit wird nach Beschaffenheit der Umstände zur Inquisition gezogen und bestrafet **). 2) Muß er nicht zu unerlaubter eigenthätiger Rechtverschaffung und anderen in Gesezen verbothenen Handlungen, den Anschlag geben, oder für den Nachtheil haften *b*). Ich rechne auch die Besizergreifungen in sehr zweifelhaften Fällen hierher, welche sich damit endigen, daß alles mit Zinsen und Kosten wieder heraus gegeben werden muß, wodurch manche Familie zu Grunde gerichtet wird. 3) Einen nicht nachtheiligen Vergleich darf er nicht verhindern *c*), sondern er muß ihn vielmehr mit aller Redlichkeit zu beförderen suchen. 4) Die Geheimnisse der ihm anvertrauten Sache muß er nicht verrathen, noch die ihm anvertrauten Documente abhanden kommen lassen. Widrigenfalls soll er nach römischen Rechten, im Fall er von vornehmen Stande ist, mit dem Verlust der Hälfte seines Vermögens,

oder wenn er geringeren Standes ist, mit der Arbeit in Bergwerken bestraft werden *d*), wovor heut zu Tage andere angemessene Strafen zu wählen sind. 5) Von der Bedienung beyder Partheyen ist schon im §. 72. nota 1. und n. z. gehandelt. 6) Zu Bestechung des Richters, richterlicher Personen, oder des gegentheiligen Sachwalters und Fürsprechers darf er die Hände nicht biethen, sondern er muß vielmehr dies schändliche Verlangen seines Clienten dem Gerichte angeben, wenn er nicht seine Entsezung oder nach Bewandniß der Umstände die Unehrlichkeit gewärtigen will *e*). Der Kläger welcher in die Bestechung einwilliget, verliehret seine Klage, und aus dem nehmlichen Grunde der Beklagte seine Sache, wenn er sie nicht selbst anzeiget *f*). 7) Die Sache seines Clienten muß er fleisig betreiben und den Rechtsstreit nicht mit Fleis verzögeren *g*). Damit er aber nicht aus Unachtsamkeit die fleisige Betreibung der Sachen unterlasse, oder wohl gar Nothfristen unwissend versäume, ist ihm zu rathen, daß er alle von ihm und dem Gegentheil zu beobachtende Fristen gleich nach erhaltenen Bescheiden und Urtheilen in einem durchschossenen Calender bemerke. 8) Der Schmähungen sowohl wider den Richter, als Gegentheil und den gegenseitigen Fürsprecher, muß er sich enthalten *h*). Dies wird vermieden, wenn man sich blos auf den Vortrag der Gründe nnd Widerlegung der gegenseitigen Gründe einschränket, und nie den Gegentheil oder dessen Schriftsteller selbst anredet. Bringt es aber die Nothwendigkeit oder Nüzlichkeit der Sache mit sich, unangenehme Wahrheiten vorzutragen,

so

so muß es allezeit in möglichst gemäßigten Ausdrücken geschehen. Wenn er bey persönlichen Erscheinungen dem entgegen handelt, so muß der Richter *i*) die beleidigenden Worte oder Handlungen, solten es auch nur trozige Aeuserungen gegen das Gericht, ein unerlaubtes Entfernen aus dem Gerichte seyn, vom Gerichtsschreiber ins Protocoll einrücken lassen, und sogleich durch ein Interlocut eine gehörige Strafe zuerkennen, wenn gleich der Kläger der Gerichtsbarkeit dieses Richters nicht unterworfen ist *k*); nur pfleget die Vollstreckung der zuerkannten Strafe bey dem ordentlichen Richter gesuchet zu werden *l*). Ist hingegen in Schriften die gebührende Mäsigung nicht beobachtet, so ist hin und wieder den Anwälden der Obergerichte auferlegt, die von den Fürsprechern übersandten Schriften von den schmähsüchtigen oder zweydeutigen Ausdrücken, bey Gewärtigung eigener Bestrafung, vor der Uebergebung zu reinigen, welches das Uebel aus der Wurzel hebet *m*). Sonst muß man einen Unterschied machen, ob die Anzüglichkeiten gegen den Richter, oder den Gegentheil oder dessen Advocaten ausgestosen sind. Im ersteren Falle bleibt die Schrift zwar vors erste bis zur geendigten Untersuchung bey den Acten. Nach der Würde des Richters oder Grösse der Beleydigung aber wird deren Verbrennung oder Zerreisung durch den Büttel entweder vor der Gerichtsstube, oder an einem öffentlichen Orte *n*), oder nur durch den Pedell im Gerichte, in Gegenwart des Sachwalters, oder die Entsezung von der Praxis *o*), Gefängnisstrafe, Suspension, Geldstrafe *p*) erkannt. Allemahl

tritt

tritt eine gelindere Strafe ein, wenn der Richter in seinen Bescheiden oder Urtheilen unerlaubte Anzüglichkeiten gebrauchet und also Anlas zu einer solchen Begegnung gegeben hat, mithin wird alsdenn nur die Uebermase der beleidigenden Ausdrücke geahndet. Unverschämt darf sich niemand gegen den Richter betragen, sondern man muß ihm vielmehr alle Ehrerbietung erzeigen *q*). Blos einen Verweis bekommen diejenigen, welche die Bescheide oder Ausspräche der Richter ohne ein die Rechtskraft aufhaltendes Rechtsmittel jedoch ohne Anzüglichkeit anfechten, welches syndiciren *r*) heist, es müste denn der Richter zugleich unwürdig behandelt seyn *s*). Wenn dem Gegentheil übel begegnet ist, so greifen, mit Rücksicht auf die Person des Beleidigers und Beleidigten und auf die Gröse der Beleidigung, die eben angeführten Strafen nach dem Ermessen eines verständigen Richters Plaz *t*). Auch muß die Strafe nicht zu gelinde seyn, wenn der gegenseitige Sachwalter eine nicht geringe Beleidigung erlitten hat *v*). Geringer aber wird es geahndet, wenn der eine Theil durch des anderen Anzüglichkeit gereizet, und nur die Maase bey der Wiedervergeltung überschritten ist *x*). Der Auftrag des Clienten kann jedoch dem Advocaten zu keiner Entschuldigung gereichen *y*). Sind die Anzüglichkeiten auch nur einiger masen erheblich, so muß auser der Bestrafung die Schrift durch einen Bescheid zurück gegeben werden, um selbige von den Anzüglichkeiten zu reinigen *yy*). Nie sind über die in Schriften oder mündlichen Vorträgen vorkommende Anzüglichkeiten eigene Injurienklagen zu gestat-

statten, sondern von Amtswegen die gebührende Ahndung zu erkennen, wenn der schimpfliche Vorwurf aus den Acten klahr und mit nichts zu entschuldigen ist. Wegen der vom Fürsprecher oder Sachwalter ausgestoßenen Beschimpfungen wird der Client nicht anders bestraft, als wenn sie mit seiner Bewilligung zugefüget sind, welche aus der Unterschrift folget, wenn nur der unterschriebene Client das, was vom Fürsprecher aufgesezt ist, hinreichend verstanden hat z). Der Fürsprecher muß 9) die Sache mit allem Eifer, jedoch ohne Spöttereyen *aa*), Unwahrheiten *bb*), Verdrehungen der Acten, oder rechtskräftiger Urtheile *cc*), und unläugbahrer Rechtsäze betreiben, und das, was er in der Person des anderen für billig gehalten haben würde, muß er auch bey sich gelten lassen *dd*); sonst hat er nach diesen verschiedenen Vergehungen einen nachdrücklichen Verweis oder Geldstrafe zu gewärtigen *ee*). 10) Muß er sich aller unnüzen Weitläuftigkeit *ff*), überflüsiger Ausführungen und Anführungen der Rechte *gg*) und Schriftsteller *hh*). Wiederholungen und Verlängerung der Sachen *ii*), enthalten, wenn er sich nicht Anfangs einer scharfen Weisung und bey wiederholtem Vergehen einer Bestrafung aussezen will. Vor ganz überflüsige oder völlig unerhebliche Schriften wird er auser dem Verweise damit bestrafet, daß erkannt wird, seinem Clienten davor nichts anzusezen, und den darauf abgegebenen Bescheid aus seinen Mitteln zu bezahlen. 11) Müssen sich die Fürsprecher mit dem, was die fast an allen Orten festgesezte Taxe vorschreibet, begnügen, und sich nicht einen Theil des zu erstrei-

ten

terden Gegenstandes oder auch während des Rechtsstreites ein Palmarium versprechen lassen, bey ernstlicher Verwarnung und nachher bey Strafe der Entsezung. Nach geendigter Sache stehet ihm nichts entgegen, ein freywilliges Geschenk anzunehmen *kk*). 12) Die einmahl übernommene Sache dürfen sie ohne gerechte Ursache nicht verlassen. *ll*) Wenn sich ein Advocat 13) an mehrere Weisungen und Strafen nicht kehret, wird er endlich mit Suspension, oder nach Beschaffenheit der Umstände mit Entsezung seines Amts zuerst bedrohet, und diese bey fortgesezten Vergehungen würklich erkannt *mm*).

*a*) HEIGIVS Libr. 2. qu. 9. num. 10. Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 3. CICERO de orat. II. 38. 161. saget vom Carneades: qui nullam vnquam in illis suis disputationibus rem defendit, quam non probarit; nullam oppugnauit, quam non euerterit. Auth. Hodie iurant C. de iud. (III. 1.).

*) CIC. de off. II. 14. patroni est, nonnunquam verisimile, etiam si minus sit verum defendere. Dies muß nur von zweifelhaften Rechtssäzen und von ungewissen Thatumständen verstanden werden. Wider richtige Thatumstände eine Sache vertheydigen, ist allemahl gewissenlos. Garve in den philos. Anmerk. zu Cicero Pflichten Hauptst. 2. p. 156 saget recht: Alle Gründe auch für eine schlechte Sache dem Richter vorzutragen, das muß erlaubt seyn; denn dieser ist bestimmt sie zu prüfen, und gegen die Gründe des anderen Theils abzuwägen. Aber Gründe zu erdichten, wo keine sind; Falschheiten in den Thatsachen oder Trugschlüsse in den Beweisen vorzubringen; Argumente auf den Misbrauch der Wörter zu bauen, das ist eines ehrlichen Mannes durchaus unwürdig.

**) Deput. Absch. von 1600. §. 13.

b) In soferne er einen Kunstverständigen abgiebt, muß er das geringste Verschulden büsen. L. 9. §. 5. D. loc. cond. (XIX. 2.) L. 7. §. fin. L. 8. pr. §. 1. L. 9. pr. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) LEYSER spec. 181. med. 3. und spec. 48. coroll. 1. Concept III. 59. 7.

c) Justizreglement von 1718. §. 2.

d) L. 38. §. 8. & 9. de poenis (XLVIII. 19.). L. 18. §. 8. D. de I. fisci (XLIX. 14.) Art. 115. der P. H. G. O.

e) Memorial der Visitation von 1713. §. 12 Reichs-Hofrathsordnung Tit. 7. § 11. 12. 14. (S. unten Th. II. Hauptst. 24. nota n.).

f) L. 1. C. de poena iud. qui male iudic. (VII. 49.) zusammen gehalten mit der Nou. 124. c. 2.

g) L. 6. §. 3. und 4. C. de postul. (II. 6.) L. 13. §. 9. C. de iud. (III. 1.). L. 7. §. 1. L. 9. C. de adu. diu. iud. (II. 8.) In hiesigen Landen soll die Verzögerung des Rechtsstreits scharf und endlich mit der Absezung bestraft werden. Milit. Justizreglement c. 1. §. vlt. Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. §. 2. 4. Calenberg. Canzley gem. Bescheide n. 2.

h) Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 6. L. 6. §. 1. C. de postul. L. 9. D. de poenis. Concept I. 35. 6. und 17. Visitationsabschied von 1713. Memorial den Procuratoren zuzustellen §. 4. Reichshofrathsordnung 7. 6. Deputationsabsch. von 1600. §. 75. Reichsabschied von 1654. §. 98. Leyser irret, wenn er Spec. 547. stacheliche Schriften lobt, und die Wiedervergeltung, oder vielmehr Zänkereyen, zuläßt. CICERO de orat. I. 5. 18. scheint ihm zwar das Wort zu reden: accedat oportet lepos quidam facetiaeque et breuitas et respondendi et lacessendi; allein es folget unmittelbahr: subtili venustate et vrbanitate coniuncta. S. auch ebendas. c. 26. 29. und Lib. 2. c. 58. imgleichen de claris orat. c. 48. Die Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 4. verbiethet stachlichte, injurieuse Worte und Retorsionen. Wenn QVINCTIL.

II. 12. 4. 5. desgleichen XI. 1. 30. nicht beſſert, der iſt nicht zu beſſern: Maledicit autem ineruditus apertius & ſaepius cum periculo ſuſcepti litigatoris, frequenter etiam ſuo — Profert enim mores plerumque oratio & animi ſecreta detegit — Nec ſine cauſa Graeci prodiderunt: Vt vivat, quemque etiam dicere.

i) Concept I. 17. 6. Tit. 35. §. 5. 6. Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 11.

k) MEV. P. IX. Dec. 108. BOEHMER ad CARPZ. prax. crim. P. II. qu. 100. obſ. 2. LEYSER ſpec. 63. med. 6. 7. ſpec. 547. med. 16. L. vn. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp. (II. 3.) c. 1. de poenis in 6. (V. 9.) L. 14. C. de teſt. (IV. 20.). Die Beleidigungen, die dem Unterrichter vor dem Oberrichter zugefüget werden, muß dieſer, nicht jener, rächen. LEYSER ſpec. 547. med. 16. Dies gilt auch von anderen auſergerichtlichen Beleidigungen des Richters.

l) L. 6. C. de iurisdict. (III. 13.)

m) Concept. l. 35. §. 16. 17. Oberappellationsgerichtsordnung I. 6. 6. Calenbergiſche Canzleyordnung Tit. 4. §. 11.

n) LEYSER ſpec. 547. med. 15. In Sachen Prälaten und Conventualen des Cloſters W==n, wider die Gemeinde E==m, iſt vom Cammergericht den 20ten Junius 1758. erkannt: Dann hätten zwar die zwey ärgerliche Reſpect-vergeſſene, und mit allerhand Calumnien angefüllte Schriften pro reſtitutione in integrum in publica audientia zerriſſen zu werden verdienet, dennoch will man es bey einem ſcharfen Verweis gegen den B== qua Advocatum bewenden laſſen, jedoch ſollen vier des Gerichts und viere der Gemeinde dem Prälaten und deſſen Conventualen wegen ſolchen ehrenrührigen Schriften, eine demüthige Abbitte, mit Vorbehalt ihrer Ehren thun, gegen Dr. R. == aber, um willen er ſolche ſchändliche Schriften übergeben, iſt die Strafe zweyer Mark Silbers Zeit

acht

acht Tägen in den Armensäckel sub poena dupli & realis Executionis zu erlegen, hiermit vorbehalten.

o) Die Suspension oder Remotion von der Praxis kann vom Unterrichter nur innerhalb den Gränzen seiner Gerichtsbarkeit erkannt werden, arg. L. 1. §. 10. L. 9. D. de postul. (III. 1.)

p) Zellische Oberappellationsgerichtsord. II. 19. 3.

q) Beym Reichshofrath werden beleidigende Schriften [die solches nähmlich in Rücksicht der Partey, nicht des höchsten Richters selbst sind] mit Unwillen zurückgegeben und der Kläger in 3 Mark Silbers vertheilet. Reichshofrathsordnung 7. 6. gemeiner Bescheid vom 15ten October 1676. und 1748.

r) Concept. I. 37. 1. Reichshofrathsordnung 7. 4. Reichsabschied von 1654. §. 165. QVINCTILIANI Inst. orat. IV. 1. 10. u. f. CICERO in Bruto siue de claris oratoribus c. 70. sagt vom Pontidius, daß er gewesen sey: efferuescens in dicendo stomacho saepe, iracundiaque vehementius: vt non eum aduersario solum, sed etiam [quod mirabile] cum iudice ipso, cuius delinitor esse debet orator, iurgio saepe contenderet.

s) Härter ist dies da zu ahnden, wo das syndiciren in dem Advocateneyde verbothen ist. Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. XI. der Advocateneyd.

t) Z. Exemp. Kinder gegen Eltern, L. 4. C. de patr. pot, (VIII, 47.) CIC. Diu. IX. 25. iudicia turpia sunt, quae sunt inter fratres, quos non decet iudiciis inter se conflictari.

v) L. 1. §. 10. D. de off. praef. vrbi (I. 12.) Visitationsabschied von 1713. §. 101. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 12. will den Advocaten um 10, den Sachwalter um 5 Rthlr. gestrafet wissen.

x) QVINCTIL. instit. orat. XII. 9. n. 11. u. 12. muß gelesen werden. L. 14. §. 6. D. de bon libert. (XXXVIII. 2.) GAIL. Lib. 2. obs. 200.

y) Nicht ohne Nuzen sind zu lesen: Strycks Dissert. de reiectione ab actis, Schöpfers Dissert. de Ad-uoc. iniuriante.

yy) L. 37. pr. D. de iniur.

z) QVINCTIL. am angef. Orte n. 9. nennt es: caninam eloquentiam - - Turpis voluptas & nulli audientium bono grata: a litigatoribus quidem frequenter exigitur; qui vltionem malunt, quam defensionem. Sed neque alia multa ad arbitrium eorum facienda sunt, Hoc quidem quis hominum liberi modo sanguinis sustineat, petulans esse ad alterius arbitrium. L. 11. §. 3. D. de iniur. Das Gegentheil behauptet gegen den Carpzov von Leyser spec. 547. med. 7. Den Cammergerichtsanwälden ist bey ihren geleisteten Eyden untersagt, von den Partheyen keine Erstattung der ihnen auferlegten Geldstrafen zu forderen oder die freywillig angebothene Erstattung anzunehmen. Concept I. 66. §. vlt. RA. von 1654. §. 98. vielmehr die Strafe der Wiedererstattung und der Ersezung darauf gesezet. Es schüzet auch keine Unterschrift des Fürsprechers oder Sachwalters unter Protestation wider diese anzügliche Ausdrücke. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 12.

aa LEYSER spec. 547. med. 18. u. f. Concept. I. 66. 5. und III. 49. 16. L. 3. §. 1. D. quod quisque iur. in alt. stat. (II. 2.) L. vn. §. 2. D. si quis ius dic. non obtemp. (II. 3.).

bb) QVINCTIL. inst. orat. XII. 9. 14. u. f. Concept. I. 35. 24. und III. 49. 8.

cc) L. 5. C. Si contra ius vel vtilit. publ. (I. 22.) Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 7. §. und sollen alle: sollen in allen Sachen Gott, die Justiz vor Augen haben, auch wissentlich keine böse Sachen wider besser Wissen, gemeine Rechte,

Stat-

Statuten, Landesverordnungen, Gewohnheiten, Abschiede, einmahl gewilligte Veranlassung, erstrittenes Recht anfangen, annehmen und bedienen.

*dd*) Concept I. 35. 22. und III. 57. 4. Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 10.

*ee*) L. 1. §. 1. in f. D. quod quisque iur. in alter. (II. 2.).

*ff*) Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 2. Man erinnere sich immer an die goldene Regul des Horaz arte poet. v. 335. seq.

—— —— esto brevis: ut cito dicta
percipiant animi dociles, teneantque fideles.
Omne supervacuum pleno de pectore manat.

*gg*) Concept I. 17. 5. Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. §. 5. 11. L. 1. §. 6. de vet. iur. enucl. (I. 17.).

*hh*) Reichsabschied von 1654. §. 96. Reichshofr. gem. Bescheid vom 15ten Apr. 1766.; wo den Allegaten am Rande der Ort angewiesen ist; so wie es überhaupt die Gewohnheit mit sich bringet, sie auser dem Context zu sezen. Oberappellationsgerichtsordnung am angef. Orte und II. XII. 12. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4 §. 20. bey 6 : 10. Rthlr. Strafe.

*ii*) arg. L. 6. C. de vet. I. enucl. wo es heisst, sed neque ex multitudine auctorum, quod aequius & melius est, iudicatote. Reichsabschied von 1654. §. 96. Die Meynungen der Rechtsgelehrten kann man, wenn ausdrückliche Gesezze oder offenbahre aus anderen Gesezen hergeleitete Gründe vorhanden sind, leicht entbehren, wenn nicht ein Rechtsgelehrter in seinen Schriften eben den Fall abhandelt, oder die Auslegung eines Gesezes mehr erläutert, oder deutliche Zeugnisse von einem in Frage seyenden Gerichtsgebrauche anführet. Sollen aber Schriftsteller angeführet werden, so muß nicht blos der Titel hingesezet werden; sonst dürfte

es oft wahr werden, was QVINCTIL. l. 8. 21. sagt: De libris totis & auctoribus, vt succurrit, mentitur tuto. In der Reichshofrathsordnung 7. 13. wird die Beylegung der Rechtsbelehrungen; der Gutachten; Dissertationen; Deductionen u. s. w. getadelt. Einem oder anderen Rath selbige einzureichen ist zwar erlaubt, aber im Urtheilsfällen werden sie nicht anders zugelassen, als soweit sie mit den Acten übereinstimmen. Reichshofrathsordnung 4. 15. L. vlt. §. 1. C. de appellat. (VII. 62.).

*kk*) BRVMMER ad L. Cinc. de salariis aduocator. L. 9. §. 2. D. de off. procons. & leg. (I. 16.) L. 53. D. de pactis (II. 14.). L. 15. C. de proc. (II. 13.) L. 20. 22. C. mand. (IV. 34.) L. 5. 6. §. 2. 5. C. de postul. (II. 6.) L. 1. §. 10. und 12. D. de extraord. cognit. (L. 13.) L. 6 §. vlt. L. 7. D. mandati. (XVII. 1.) PLINII Epist. L. 5. Ep. 21. Concept l. 60. pr. u. §. 1. Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 12. QVINCTIL. instit. orat. XII. 7. 8.

*ll*) L. 13. §. 9. C. de iud. (III. 1.). Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 4.

*mm*) Reichsabschied von 1654. §. 98.

## §. 75.

### Von der Pflicht der Fürsprecher beym Vortrage der Sache,

### b) in Ansehung der Frömlichkeiten.

Nach dem Vortrage dessen, was die Redlichkeit der Fürsprecher angehet, schreite ich zu deren Pflicht in Behandlung der Sache selbst, und zwar zuerst zu den Vorschriften, welche die Förmlichkeiten betreffen: 1) Muß das gehörige Stempelpapier, nach jeden Orts Verordnungen, die gewöhnlich ein Strafgesez enthalten, genommen

men

men werden *). 2) Muß alles auf gutes Schreibpapier, correct, orthographisch, leserlich, reinlich *a*), nicht zu enge aber auch nicht zu sehr auseinander gezogen geschrieben, und kein gar zu groser Rand gelassen werden *b*); sonst wird Verweis oder Geldstrafe erkannt. 3) Nur in der Hauptschrift, nicht aber in der Copey, muß der Titul des Richters nach dem Gerichtsgebrauche vorgesezt *c*), und auch im Inhalte derselbe mit passenden ehrerbietigen Worten benennt werden. Die Titul sind zu tadeln, welche den Amts-Nahmen des Gerichts nicht ausdrücken, z. E. Wohlgebohrne Herrn, Insonders Hochzuehrende Herrn. Man sollte aber auch die weitschweifigen Titul abschaffen, und blos sezen: an fürstliche [hochfürstliche, hochgräfliche giebt es eben so wenig, als hochkönigliche, hochchurfürstliche] Regieruug, Canzley, Cammer u. s. w. Nur solange dies nicht vom Landesherrn oder den Gerichten gestattet ist, stehet es den Fürsprechern und Unterrichtern nicht zu, willkührliche Veränderungen in der gewöhnlichen Titulatur zu machen, vielmehr gehöret es zum richterlichen Amte, den Sachwalter durch eine Weisung zur besseren Beobachtung des Gerichtsstyls, wenn die gewöhnliche Titulatur nicht gebrauchet ist, anzuhalten. Wenn aber dem Richter ein Nachtheil aus der unrichtigen Titulatur erwachsen könnte, z. E. bey Landesvormündern, giebt er die Schrift zurück, damit solche dem Herkommen gemäser eingerichtet werde; ist aber offenbahr zur Verachtung des Richters demselben der gewöhnliche Ehrentitul nicht gegeben, so ist dem Sachwalter eine Geldstrafe aufzulegen. 4) Unnüze

nüze Vorreden, leere Protestationen, und Vorbehaltungen sind zu vermeyden, und wo kein Bescheid vorher gegangen ist, welcher den gegenwärtigen Aufsaz veranlasset, muß gleich mit der Sache selbst angefangen werden, sonst aber muß man sich, statt des Eingangs, nur auf den Bescheid, welcher zu dieser Schrift Gelegenheit gegeben hat, beziehen *d*). Blos bey gedruckten Ausführungen ist es gebräuchlich, den Entwurf der ganzen Abhandlung voraus zu sezen. 5) Ist den Fürsprechern an einigen Orten vorgeschrieben, die Schriften in Paragraphen abzutheilen, welches alsdenn von Nuzen ist, wenn eine geschickte Abtheilung dabey zum Grunde lieget. An anderen Orten müssen sie die Blätter oder Blatseiten mit Zahlen bezeichnen *e*). 6) Anführung der Gesezе, Schriftsteller und Acten, nachdrückliche Worte eines Documents, einer Verabredung oder gethanen Aeusserung, und die Bitten werden etwas eingerückt, die Zeichen der Documente aber am Rande bemerkt *f*). 7) Nicht überall wird am Ende mit der Courtoisie geschlossen und der Ehrentitul des Richters wiederholt, sondern es macht hin und wieder den Schlus des Vortrages die heilsame Clausul [Claulula salutaris], welche zwar mit Recht bey dem Cammergericht als überflüsig verworfen *g*), an anderen Orten aber unter einer Geldstrafe anbefohlen ist. Wo sie hinzugefügt werden muß, ist sie so abzufassen: Desuper nobile iudicis [unter Zusaz des Worts Augustissimi Imperatoris (regis) Serenissimi Electoris (Principis) oder eines anderen sich zu dem Range des Gerichts schickenden Beyworts, so daß der Ausdruck nobile officium

allezeit unveränderlich beybehalten wird] officium deuotissime [humillime, obseruantissime u. s. w.] implorando; oder im Teutschen: Hierum will ich das mildrichterliche Amt hochpreislicher Justizcanzley bestens bitten. Alle Erweiterungen dieser Clausul verrathen eine Unerfahrenheit des Verfassers, weil der Ausdruck: nobile officium iudicis, mildrichterliche Amt, alles in sich begreifet. Es ist falsch, wenn im peinlichen Anklageproceß in der Schlusclausul das strenge richterliche Amt angerufen wird. Auf die Bitte des Anklägers kommt hier überall nichts an. 8) Am Ende muß sich der Fürsprecher nebst dem Anwalde *h*), zuweilen auch der Client unterschreiben. Verschiedene Gesezgeber haben sehr wohl vor die Partheyen gesorget, wenn sie den Fürsprechern auferlegt haben, ihre Belohnungen bey der Unterschrift auszudrücken. Im nächsten Bescheide wird alsdenn entweder der Ansaz völlig gebilliget, gänzlich aberkannt, oder gemäsiget *i*). Die Hinzufügung des Tages und Jahres befiehlet das Concept I. 34. 5. Allein dies ist überflüsig, wenn der Tag der Uebergabe darauf gesezet wird. 9) Bey Sezung und Ausdrückung der Aufschriften muß der Fürsprecher die vorgeschriebene oder durch die Gewohnheit eingeführete Art und Weise beobachten. Die Aufschrift wird entweder vorn auf dem ersten Blatt *k*), oder auf dem Rücken des in Quart zusammen gelegten Aufsazes geschrieben *l*). Unnöthiger Weise wird in einigen Gerichten der Titul des Richters abgekürzt vorgesezt: z. E. an Ihro Hochfürstl. Durchl. den regierenden Herrn u. s. w. Richtiger fängt die Aufschrift gleich mit dem

dem kurzgefaßten aber deutlichen Ausdruck der processualischen Handlung an *m*), woraus man den ordnungsmäßigen Gang des Rechtsstreites beym ersten Anblick ersehen kann. Darauf folgt die Benennung der streitenden Partheyen, und zwar zuerst desjenigen in dessen Nahmen die Schrift eingereicht wird, es mag solches der Kläger oder Beklagte seyn; hier wird also nicht wie in Urtheilen und Bescheiden gesezt: in Sachen ꝛc., sondern: an Seiten ꝛc. *n*). In der ersten Schrift werden sämtliche streitende Theile von Seiten des Klägers und Beklagtens *o*) nach dem Vor- *p*) und Geschlechtsnahmen, Character und Ort des Aufenthalts ausgedrückt, oder die Schrift nebst dem Befehle zurück gegeben, die Partheyen gehörig zu benennen. Andere Beywörter, als welche in den Bescheiden gegeben werden, sind zu vermeyden, also ist nicht Statt Implorant Kläger u. d. g. zu sezen *q*). In den weiteren Schriften wird nur der Nahme dessen, welcher auf der Klage unter mehreren Consorten zuerst genannt worden, wiederholt, die übrigen aber unter der allgemeinen Benennung: und Consorten in Acten benannt, bezeichnet *r*), weil nach dem Nahmen des erst benannten Klägers oder Beklagtens die Acten in Fächer, die mit Buchstaben bezeichnet sind, beygeleget werden *s*). Wenn gleich nachher andere Personen, als Erben, oder vermöge einer Cession, auftreten; so werden doch die ersten Nahmen beybehalten, allein mit der hinzugefügten Veränderung: modo, oder: nunmehro dessen Erben N. und O., und zwar dies alles aus der nähmlichen Ursache, um die Acten leichter aufzufinden *t*). Das Abster-

sterben der Partheyen, nnd wer die Erben sind, muß binnen der in der Ordnung vorgeschriebenen Zeit angezeiget werden *v*). Wenn ein dritter in einer bereits im Gange seyenden Sache mit einer Schrift einkömt, so wird nichts desto weniger die Aufschrift der Hauptsache auf die nähmliche Art ausgedrückt *x*): z. E. gemüssigte Protestation an Seiten N. Protestanten. Weiter unten zur rechten Seite aber wird gesezet: zu den Acten Sempronius, Klägers, wider Mevius, Beklagten, wegen der Jagd im schwarzen Walde. Ist dieses nicht gehörig beobachtet, so muß der Actuarius die Aufschrift noch verbesseren, und alle vorsäzliche oder unachtsame Veränderung in der Benennung der Partheyen ist durch nachdrücklichen Verweis, oder nach Beschaffenheit der Umstände mit Geldstrafe zu ahnden *y*). Das bisherige gilt von processualischen Rubriken. Wird eine Sache bey einer anderen als Justizstelle eingebracht, so ist hier an keinen Rechtsstreit folglich an die processualische Form nicht zu gedenken, und muß daher auch keine Rubrik mit Benennung einer Klage, Aufstellung eines Klägers und Beklagtens, welches allemahl einen Rechtsstreit voraussezet, abgefasset werden. Ganz unten zur rechten Seite der Aufschrift muß endlich der Gegenstand des Rechtsstreits bemerket werden, damit die unter den nähmlichen Partheyen in eben dem Gerichte ergangenen Acten unterschieden werden können *z*). Sind viele Klagepuncte vorhanden, so nennet man nur die ersten mit dem Zusaze: u. s. w. und bey Beschwerden der Unterthanen wider Landes- oder Guths- und Gerichtsherrn: (in

puncto diuersorum grauaminum) wegen verschiedener Beschwerden. Und da die Ordnung des Rechtsstreites es nöthig machet, daß Incidentpuncte, die nicht zur kurzen Hand durch einen richterlichen Bescheid abgethan werden können, sondern eine summarische Verhandlung erforderen, von der Hauptsache abgesondert, und durch ein Beyurthel entschieden werden, so erheischt es der nähmliche Grund, daß auser dem Hauptgegenstande des Rechtsstreites auch der streitige Nebenpunct ausgedrückt werde, z. E. in Betref der Jagdgerechtigkeit im hohen Walde, jezo [*modo*] begangener Thätlichkeiten. Daß die verschiedenen Verfahren durch besondere Acten-Bunde, wie in Sachsen, von einander gesondert werden, ist nicht nothwendig. 10) Unten zur linken Seite der Aufschrift [hin und wieder auch gleich unter der Anzeige der processualischen Handlung] werden die Beylagen angeführt *aa*), und entweder mit Ziffern oder Buchstaben bezeichnet, indem die übrigen Zeichen bey Vermeidung eines Verweises oder Geldstrafe verbothen sind *bb*). Wenn der Kläger Buchstaben gebrauchet hat, so muß sich der Beklagte billig der Ziffern, und umgekehrt, bedienen *cc*). Ob es Ur- oder Abschriften sind, ist zugleich auszudrücken. Sind die Anlagen dem Gegentheil bekannt, so wird davon keine Abschrift mitgetheilet, und dieses folgendermasen bemerket: Hat Anlagen *A-E.* wovon *A.* und *C.* dem Gegentheil bekannt *dd*). Läugnet er dieses in der Folge, so müssen ihm auch diese Anlagen auf Kosten des Gegners mitgetheilet werden. Die bloße Beziehung auf andere Acten wird nicht geduld-

duldet, sondern es müssen vidimirte Abschriften beygefügt werden *ee*). In der Gegend, wo die Urkunde zum erstenmahl in der Schrift angeführt wird, ist die Ziffer oder der Buchstabe, womit sie bezeichnet worden, auf den Rand zu sezen *ff*), damit es in die Augen falle, zu welcher Stelle die Urkunde gehöre. Eine teutsche Uebersezung muß von den in einer fremden Sprache geschriebenen Beylagen *gg*), von denen aber, welche schwer zu lesen sind, eine leserliche Abschrift beygefüget werden. Wer Beylagen in Urschrift beyleget, kann sich darüber einen Schein von der Gerichtsperson, welche selbige annimmt, ausbitten, welcher aber alsdann nebst dem Empfangsscheine wieder zu den Acten geliefert werden muß, wenn sie zurück gegeben werden *hh*). Wenn gegen ein Abschlagsdecret von neuem supplicirt wird, so muß beym Cammergericht die erste Supplic nebst der Abschlagung wieder vorgezeiget werden *ii*). In mehreren Gerichten muß immer der lezte Bescheid beygefüget werden, welches keinen Nuzen hat, wenn die Gerichtsacten vollständig und ordentlich sind. Auser den Urkunden werden auch andere Sachen als Anlagen beygeleget; So wurden in einer Klage auf Vollziehung auf die Ehe, die Geschenke, worunter des Bekl. in Rahmen gefaßtes Portrait, aber auch Haare von seiner Scham, woraus die Klägerin sich angeblich seinen geschlungenen Nahmen machen und selbige fassen lassen sollte, beygeleget, welche Obscenität, auser der Zurückgabe, hätte geahndet werden müssen. Eine Ehefrau legte in einer Divortienklage Pferdestaub vom Striegeln bey, welchen ihr ihr Ehemann ins Bette gestreuet

haben sollte, um Schmerzen und Geschwüre zu veranlassen; Es wurde aber mit Verweis von den Acten removirt. Der Regul nach sind die Schriften doppelt zu überreichen *kk*), selten einfach. Sind mehrere Theilnehmer des Rechtsstreites vorhanden, so müssen so lange, bis ein gemeinschaftlicher Anwald bestellt ist, von der ersten und folgenden Schriften, auser der Urschrift, die bey den Acten bleibt, so viel Abschriften übergeben werden, als Personen aufgeführet sind *ll*). 11) Ist Gefahr beym Verzuge vorhanden, so muß solches auf der Aufschrift ausgedrückt werden, durch die Worte: Gefahr beym Verzuge [periculum in mora]; und wenn eine schleunige Hülfe des Richters nothwendig ist, so wird die Schrift, nach darauf geschriebenem Präsentatum, dem Vorsizer überreicht, damit, wenn die Sache so eylig wäre, daß weder eine ordentliche noch auserordentliche Versammlung abzuwarten stünde, die Stimmen durch einen Umlauf gesammlet werden können *mm*). Endlich müssen 12) die Schriften, damit nichts verlohren gehe, hin und wieder zusammengeheftet werden *nn*).

*) Licentordnung Hauptst. 8. General-Mandat von 1777. die genaue Beobachtung der Licent-Ordn. betr. §. 12.

*a*) C. G Canzleyordnung von 1656. §. 19. Reichshofrathsordnung 3. 6. Visitationsabschied von 1713. §. 48. 102., desgl. Memorial dem Canzleyverw. zuzustellen §. 10. 11. 12. 15., Memorial den Advocaten und Procurat. zuzustellen §. 17. n. 14. QVINCTIL. Instit. orat. l. 1. 28. non est aliena res, quae fere ab honestis negligi solet, cura bene ac velociter scribendi, und X. 3. 9. Hoc constituendum, hoc obtinendum est, vt quam optime scri-

scribamus: celeritatem dabit consuetudo. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 8.

*b*) Beym Reichshofrath muß die Seite 21. Zeilen und die Zeile 6. bis 7. Wörter enthalten. Gem. Bescheid von 1660, 1763, und 1766. Concept I. 40. §. 13. Beym Cammergericht besteht die Geldstrafe, wenn der Sachwalter nicht zu weit gegangen ist, in einem Gülden, eben daselbst Tit. 66 im Anfang; sonst beruhet sie auf dem Ermessen des Richters. Eben daselbst §. 1. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 3. 20.

*c*) Beym Cammergericht wird nach der alten teutschen Gerichtsverfassung blos der Titul des Richters, wider den heut zu Tage gewöhnlichen Gerichtsstyl, gebrauchet; beym Reichshofrath aber ist es der Titul des Kayserς. Zur Zeit des erledigten kayserlichen Throns werden die an die Reichsvicariatgerichte einzusendende Schriften an denjenigeu Reichsverweser gerichtet, in dessen Vicariat die Sache schläget. In einigen Länderen bedienen sich alle Obergerichte des Landesherrlichen Tituls. Die Titulaturen sind in jedem Lande zu erkundigen, die hergebrachte Titul in ein Titularbuch einzutragen, und unverändert beyzubehalten.

*d*) Reichshofrathsordnung III. 4. Wenn CICERO de orat. II. 78. 315. saget: principia autem dicendi semper cum accurata & acuta & instructa sententiis, apta verbis, tum vero causarum propria esse debent. Prima est enim quasi cognitio & commendatio orationis in principio, quae continuo eum, qui audit, permulcere atque allicere debet, so ist dies blos von Reden zu verstehen, wodurch man mehr hinreisen als überzeugen will.

*e*) Visitationsabschied von 1713. Memorial den Advocaten und Procurat. zuzustellen §. 17. Oberappellationsgerichts gem. Bescheid n. 33.

*f*) L. 8. C. de prec. Imp. offer. (I. 19.) Concept l. 34. im Anf. und imgleichen ihre Bitte unterschiedlich — be-

begreifen und stellen §. 8. Die Acten müssen nach ihren Ziffern und Seitenzahl angeführet werden. Concept III. 49. 8.

g) Nach gemeinen Rechten ist sie überflüssig. §. 34. I. de act. L. 66 D. de iud. (V. 1.) c. 6. X. de iud. (II. 1.), L. vn. C. vt quae desunt adu. (II. 11.) Sie war aber im Reichsabschiede von 1551. §. 32. vorgeschrieben, und ist im Concept I. 22. 12. als überflüsig verworfen. In hiesigen Landen nach der Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 8. Calenbergischen Hofgerichtsordnung Tit. 7. §. und sollen die Advocaten, ist sie beybehalten.

h) Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 8. ausgenommen, wenn die Sache wider den König, wider die Aemter und vornehme Bedienten geführet wird Concept I. 34. 6. Gemeiner Bescheid vom 13 December 1659 Der Reichsstände wirkliche Räthe aber sind als Concipienten nicht schuldig zu unterschreiben. Gemeiner Bescheid vom 4. April 1721. n. 2, vom 9. Jan. 1660. §. 3. Reichshofrathsordnung Tit. 1. §. 1. und Tit. 7. §. 7. Nach dem gem. Besch. des Trib. zu Zelle vom 5. März 1793. muß der Advocat auch den Vornahmen deutlich bey 1 Rthlr. Strafe hinzusezen.

i) Etwas ähnliches kömmt im Concept I. 602. vor: Hat er eine unnöthige Arbeit übernommen, so wird nichts zuerkannt. Eben daselbst §. 3. Visitationsabschied von 1713. Memorial den Advocaten und Procurat. zuzustellen §. 17. 19.

k) Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 8. Die leztere Visitation hat dies nach dem Zeugnisse Tafingers in instit. iurisprud. cam. §. 326. vorgeschrieben.

l) Beym Reichshofrath Reichshofrathsordn. Tit. 3. §. 3. und den meisten Gerichten, wird die Rubrik, obgleich auf verschiedene Art, welche in der Kürze nicht beschrieben werden kann, sondern gezeiget, und hierinnen nicht wider den Gerichtsbrauch angestosen werden muß, auf den Rücken,

den

den Bogen ins Gevierte zusammen geleget, geschrieben Nur im hessischen und wenigen andern Ländern werden selbige auf die Octavseite geschrieben. Der Ort der Aufschrift hat in der alten Art, die Acten zusammen zu legen, seinen Grund. Wer alte Gerichtsregistratnren gesehen hat, weis, daß die Acten so klein sind, daß sie nur Octavbündel ausmachen. Dann wurden also auch die Rubriken auf die erste Seite des in Octav gebrochenen Bogens geschrieben. Wie die Sachen weitläuftiger wurden, muste man die Acten in Quart und endlich nach der Bogenlänge zusammen legen. Daher ist es heutiges Tages, da die Acten so sehr anschwellen, am vernünftigsten, und zum lesen und nachschlagen auch am bequemsten, daß die Acten nach der Bogenlänge geleget, und wenn dieses geschiehet, auch die Rubriken auf die erste Bogenseite gesezet werden.

*m*) Oberappellationsgerichtsordnung l. 5. 8, wo Beyspiele vorkommen. Gegen das Gesez sind die Aufschriften bey den höchsten Reichsgerichten ohne Noth übertrieben weitläuftig. Concept III. 49. 12. Reichshofrathsordnung Tit. 3. §. 3. mit kurzen überschriebenen Titeln. Resoluta dubia cameralia von 1595. n 64. Deputationsabschied von 1600. §. 81. In der Calenbergischen Canzleyordnung Tit. 4. §. 7. ist vorgeschrieben, daß es jedesmahl auf der Aufschrift bemerket werden soll, wenn es eine neue Sache sey. Allein es wird dies nicht beobachtet. Es ergiebet es auch schon die ausgedruckte processualische Handlung, ob es eine neue oder bereits rechtshängige Sache sey. Fehlerhafte Rubriken sind z. B Judicial-Anruf, Vorstellung. Bitte Rechtliche Gedanken über ꝛc., Abfertigung. Bessere Abfertigung. Remonstration nebst unvergreiflicher Anheimgebung.

*n*) Anders verordnet es das Concept III. 49. 3.

*o*) Concept l. 34. §. 9. und 10. imgleichen Tit. 36. §. 6. und III. 12. 2.

p) Oberappellationsger. gem. Bescheid n. 17. 35. 37.

q) Concept III. 49. 4.

r) Concept III. 12. 11.

s) C. G. Canzleyordnung von 1656. §. 7. und von 1662. §. 21. Concept I. 20. 4.

t) Oberappellationsger. gem. Bescheid n. 35. §. 2. Visitationsabschied von 1587. Memorial den Procuratoren zuzustellen. Deputationsabschied von 1600. §. 80. Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 8. §. Ferners sezen.

v) Reichsabschied von 1654. §. 99.

x) Concept III. 12. 12.

y) Deputationsabschied von 1600. §. 80. Visitationsabschied von 1713. §. 47.

z) Daß dies die leztere Cammerger. Visitation vorgeschrieben habe, bezeugt Tafinger am angeführten Orte. Reichshofrathsordnung Tit. 3. §. 3. Oberappellationsger. gem. Bescheid n. 35. §. 1.

aa) Concept III. 49. 10.

bb) Reichshofrathsordnung Tit. 3. §. 3. Calenb. Canz. Ordn. T. I. 3. §. 2.

cc) Gem. Bescheid vom 4. April 1721. §. 9. bey 1 Rthlr. Strafe. Oberappellationsger. gem. Bescheid n. 32.

dd) arg. L. 6. §. 9. D. de ed. (II. 13.)

ee) Concept III. 14. 4. Tit. 22. §. 4.

ff) Daselbst I. 34. 8.

gg) Reichshofrathsordnung 3. 5. Resoluta dubia cam. von 1583. n. 2.

hh) Zellische Oberappellationsger. Ordnung P. II. Tit. 8. Sect. II. §. 8.

ii) Concept I. 34. 3.

kk) Reichshofrathsordnung Tit. 3. §. 2. Tit. 6. §. 10. Concept I. 34. 5. Deputationsabschied von 1600. §. 22.

ll)

ll) Reichsabschied von 1654. §. 34.

*mm*) TAFINGER institut. iurispr. cam. § 308. Beym Cammergericht können diese Sachen in der Ordnung der neuen Sachen vorgetragen werden; ist aber die Gefahr nicht gegründet, so wird der, welcher die Schrift eingiebt, bestraft. Concept III. 7. 10. Zellische Oberappellationsger. Ordnung l. 3. 11.

*nn*) Resol. dub. cam. von 1583. n. 21. Concept III. 49. 13.

## §. 76.

### Von der Pflicht der Fürsprecher,

### c) in Ansehung des Vortrages der Sache selbst.

Nach abgehandelten Förmlichkeiten der Schriften, schreite ich zu den allgemeinen Erfordernissen des Vortrages der Sache selbst. Die besonderen Eigenschaften eines jeden Aufsazes werde ich unten bey der Abhandlung von den einzelnen Schriften vortragen. Die Hauptabtheilung soll diese seyn, daß zuerst die Schreibart und dann die Behandlung der Sache selbst betrachtet werde. Soviel die Schreibart betrift, sind folgende Reguln zu bemerken: 1) in denen Gerichten, wo man wegen des auf den Anwald übergegangenen Eigenthums des Rechtsstreits die Sentenz auf den Anwald stellet *a*), redet dieser in der ersten Person, und der Client wird in der dritten angeführet. Nach dem gemeineren Gerichtsgebrauche aber wird der Client in der ersten Person redend eingeführet. 2) Soviel es immer geschehen kann, muß man sich teutscher *b*) aber schicklicher, keiner Estorschen Wörter, auch keiner ungewöhnlichen Klopstockschen oder Estorschen Orthographie *c*) bedie-

nen. 2½) Jede Geschichte ist ohne allen Eingang vorzutragen. 3) Vor zu langen Säzen muß man sich hüten, und jedem besonderen Gedanken einen einzelnen Saz widmen *d*). In der Absicht sind die zusammen gesezten Perioden möglichst zu vermeyden. 4) Um die Reinigkeit der Sprache hat man sich zwar auf alle Art zu bemühen, aber auch der redneriſchen geblümten, überästhetiſchen, Wandsbekerboten-Ausdrücke *e*), der Ausrufungen und Fragen, der Gedankenstriche, und am mehresten eines blosen Wortgepränges *f*), sich zu enthalten. 5) Leidet die erforderliche genaue Verknüpfung der Gedanken die gar zu kurzen abgerissenen Säze nicht, welche in freundschaftlichen Briefen und wizigen Aufsäzen sonst ihre grose Annehmlichkeiten haben *g*). 6) Pöbelhafte Ausdrücke streiten mit der dem Richter schuldigen Ehrerbietung *h*). 7) Die Höflichkeiten, so man dem Richter saget, müssen dem ernsthaften gerichtlichen Vortrage angemessen seyn, und niemahls in Schmeicheleyen und Kriechereyen ausarten *i*). 8) Der Kürze, Deutlichkeit und Ordnung im Vortrage hat man sich möglichst zu befleissigen. Zu diesem Behuf und zu Verkürzung und Erleichterung der Arbeit gereichet es sehr, wenn man bey etwas weitläuftigen Schriften, ehe man Hand an den Aufsaz leget, die Ordnung der vorzutragenden Sachen in einen Entwurf bringet, diesen mehrmahls nachsiehet und so oft verändert, als noch etwas daran zu verbessern ist *k*). 9) Es ist völlig wahr, was Libr. Rhet. ad Herenn. Lib. 3. c. 10. am Ende gesaget wird: dispositio locorum tanquam instructio militum, facillime in dicendo,

sicut

ficut illa in pugnando, parare poterit victoriam. Cicero de orat. I. 31. 142. Cumque esset omnis oratoris vis ac facultas in quinque partes distributa, vt deberet reperire primum quod diceret; deinde inuenta non solum ordine, sed etiam momento quodam atque iudicio dispensare atque componere u. s. w. Ein beträchtlich unordentlicher Aufsaz muß vom Richter gerüget werden. Verschiedene Klagen oder Schuzreden sind durch Ziffern oder Buchstaben zu unterscheiden, deren Ordnung die Gegenparthey genau und unter Anführung der nähmlichen Ziffer oder Buchstabens bey der Antwort folgen muß; worauf auch der Richter von Amtswegen zu sehen und wenn die verschiedene Puncte durch einander geworfen sind, die Schrift, um die Beantwortung nach den Ziffern und Abtheilungen des vorhergehenden Aufsazes einzurichten, zurück zu geben hat *l*). Was man bey jeder Klage oder Schuzrede besonders zu sagen hat, ist wiederum durch kleinere Ziffern oder Buchstaben von einander zu sonderen. Eben den Zweck hat die Abtheilung in Paragraphen. Nur muß alsdenn die ganze Abhandlung schicklich abgetheilt seyn, und durch einen schicklichen Uebergang von einem Saze auf den andern, der Zusammenhang der Gedanken von Anfang bis ans Ende in den Gesichtspunct gebracht werden. Bey weitläuftigen Ausführungen muß der Gegenstand der Abhandlung am Rande ausgedrückt werden *m*).

10) Ist es etwa nöthig, sich gewisser Kunstwörter, oder besonderer an dem Orte üblicher oder veralteter oder auch einen mehrfachen Sinn habender Ausdrücke zu bedienen, so müssen solche zugleich

erkläret und umschrieben werden *). 11) Je kürzer und nachdrücklicher man sich ausdrücket, ohne jedoch durch übermäsige Kürze in Undeutlichkeit zu fallen *mm*), desto besser ist es *n*). Ueberflüsige Weitläuftigkeit muß der Richter ahnden, wenn er sich nicht die Zeit, und den Partheyen das Geld verschwenden lassen will. 12) Vor unrichtig sich beziehenden oder eine Dunkelheit oder Zweydeutigkeit veranlassenden pronominibus muß man sich hüten, und lieber Person oder Sache selbst nochmahls nennen *nn*). Nachdem ich dasjenige, was den Styl betrift, ausgeführet habe, so komme ich nun auf den Vortrag der Sache selbst. Alles was in Rechtsstreitschriften abgehandelt wird, betrift entweder Thatsachen [factum], Rechtssätze, oder die Bitte. In Ansehung der Geschichtserzählung will ich mich nicht meiner eigenen, sondern der Worte des einsichtsvollen Verfassers, der die rhetorischen Bücher an den Herennius geschrieben hat, bedienen: rem dilucide narrabimus, si, vt quidque primum gestum erit, ita primum exponemus [man muß die Zeitordnung, unter Hinzufügung des Jahrs, Tages, und Stunde, wenn es genau darauf ankömmt, beobachten], & rerum ac temporum ordinem obseruabimus, vt gestae res erunt, aut ut potuisse geri videbuntur. Hic erit considerandum, ne quid perturbate, ne quid contorte, ne quid ambigue dicatur. Denn alles, was der Kläger oder Beklagte in der Geschichte anführet, muß er nicht zweifelhaft anführen, sondern als gewis behaupten, und im Ableugnungsfalle beweisen, oder, wenn er das nicht kann ganz weglassen *nnn*). Quinctilian. V, 13-51.

sagt: Fiduciam orator prae se ferat, semperque ita dicat, tanquam de causa optime sentiat, ne quid noue dicamus, ne quam in aliam rem transeamus, ne ab vltimo repetamus, ne longe persequamur, ne quid, quod ad rem pertineat, praetereamus, & si persequemur ea, quae de breuitate praecepta sunt [in dem nähmlichen Capitel]. Nam quo breuior, eo delucidior & cognitu facilior narratio fiet o). Cicero in Bruto siue de claris oratorib. c. 75. Nihil enim est in historia pura & illustri breuitate dulcius. So lange man die Geschichte erzählt, muß man nichts von Rechtssäzen und Schlusfolgerungen darunter mischen; denn Quinctilian sagt mit Recht: argumentabimur in narratione numquam. Da aber der Richter in Geschichtsumständen blos nach den Acten richten muß, so darf nichts als dem Richter bekannt angeführt werden, was nicht in den Acten, die unter diesen Partheyen über den nähmlichen Gegenstand verhandelt sind, befindlich ist. Auf andere Acten sich beziehen, die nicht als connex beygeleget sind, ist fehlerhaft, sondern es müssen vidimirte Abschriften von den einschlagenden Stücken beygebracht werden. Ja wenn auch connexe Acten würklich schon bey gegenwärtige Acten zu legen verordnet ist, so ist es noch immer fehlerhaft, sich im ganzen darauf zu beziehen, sondern es müssen die Ziffern und Stellen bemerket werden, welche daraus hierher zu nehmen sind. Dies sey von der Geschichtserzählung genug gesagt; ich wende mich jezo zur Ausführung des Rechts. Diese macht, wenn man einen juristischen Saz in der Gestalt eines Schlusses der ersten Figur vortragen will,

den Vordersaz [maiorem] aus. In den Schriften aber schreitet man zur Rechtsausführung nicht eher, als nach vollendeter Geschichtserzählung. Das unbezweifelte und allgemeine bekannte Recht *p*) muß man sehr kurz und ohne Beweisstellen nur berühren, nicht weitläuftig ausführen. Nur muß man sich hüten, 1) nichts gegen das unbezweifelte Recht [ius in thesi, ius constitutionis] vorzutragen, 2) sich nicht auf abgeschafte *q*), fremde, nicht angenommene, vom Gesezgeber nicht bekannt gemachte, oder nicht nach der Reichs- und Landesverfassung von Reichs- und Landständen genehmigte Gesezе berufen; wenn man sich nicht eine scharfe Weisung oder Geldstrafe zuziehen will. Die Aussprüche der höchsten Gerichtshöfe sind nicht anders, als wenn sie guten Grund haben, in ähnlichen Sachen als Gründe zur Entscheidung der Sache anzuführen *n*). 3) Von Anführung der Schriftsteller sind oben §. 74. die Reguln angegeben *s*). 4) Wenn man sich auf eine Gewohnheit gründet, so muß man diese nicht überhaupt anführen, wenn nicht die Gewohnheit notorisch und ungezweifelt ist, sondern man muß vielmehr alle die Handlungen, die geschickt sind, eine Gewohnheit daraus zu folgeren, umständlich anführen, indem es eine Thatfrage, die von dem, der sie anführt, bewiesen werden muß, ausmacht, ob eine gesezmäsige Gewohnheit vorhanden sey. *t*) 5) So wie die Geschichte ohne die geringste Vermischung vorzutragen ist, so will auch die gute Ordnung, daß man in die Ausführuug des Rechts keine Geschichtsumstände mische *v*). Die Bitte ist endlich eine blose aus den Vordersäzen gezogene

Schlus-

Schlusfolgerung, worinn weder Geschichte noch Rechtssäze vorkommen müssen; damit nicht ein Zwischensaz in die Schlusfolge einfliese [ne medius terminus ingrediatur conclusionem]. Nichts aber, was nicht an sich klar ist, und wovon nicht die Gründe in der vorausgeschickten Geschichte und Rechte enthalten sind, darf in der Bitte vorkommen. Wenn etwas hauptsächlich, ein anderes aber nur auf den Fall, wenn jenes nicht Plaz fände, vorzutragen ist, so ist auch dieses in der Bitte sogar unter einer Verwahrung auszudrücken. Z. E. Ich bitte daher gehorsamst: das besagte Testament als nichtig aufzuheben, mithin den Beklagten zur Auslieferung der Erbschaft nach einem förmlichen oder eydlichen Verzeichnis mit allen gehobenen und zu hebenden gewesenen Früchten, Zuwachs, Schaden und Kosten binnen 2c. anzuhalten. Daferne aber wider rechtliches Verhoffen, das Testament als rechtsbeständig anerkannt werden solte, worüber ich unter feyerlicher Verwahrung vorläufiges Erkänntnis gewärtige, blos auf diesen Fall, anders aber nicht, bitte ich Beklagten zur Auszahlung des Vermächtnisses von 1000 Rthlr. nebst landüblichen Zinsen von Zeit des Todes des Erblassers anzurechnen, mit Erstattung der Kosten, anzuweisen. Die Bitte ist nach Möglichkeit so zu fassen, wie der Richter erkennen würde *x*). Dem richterlichen Ermessen darf man nur in würklich willkührlichen Sachen, die Bestimmung anheimstellen (§. 102.). Ueberhaupt muß man sich in allen Schriften der unnüzen oder der Sache selbst entgegen laufenden Verwahrungen *y*) der überflüssigen Vorbehaltungen der Rechtszuständigkeiten;

und der Annehmung eines Geständnisses, so es nicht ist, einer versäumten Nothfrist, die nicht abgelaufen ist, enthalten. Die Anerbietungen zum Beweise sind überflüsig, weil es sich von selbst verstehet, daß ein jeder das beweisen muß, was er anführet, und gefährlich, wenn man nähmlich sonst vom Beweise befreyt gewesen wäre, oder der anerbothene Beweis unerheblich ist, gleichwohl Richter und Gegentheil diese Unerheblichkeit nicht rügen.

*a*) Daß dies aus dem eingebildeten Eigenthum des Rechtsstreites fliese, ist (§. 86.) dargethan.

*b*) Schon QVINCTIL. instit. orat. VIII. 1. 2. 3. erinnert: vt sint quam minime peregrina & externa-- & oratio romana videatur, non ciuitate donata. CICERO de orat. l. 32. 144. erfordert: vt pure & latine loquatur. Ausländische Wörter können mit teutschen, wenn sie nur die Sache ausdrücken, vertauscht werden. So saget CICERO l. c. cap. 34. n. 155. Er habe griechische Reden übersezet, und dadurch den Nuzen gehabt: vt cum ea quae legerem graece, latine redderem, non solum optimis verbis vterer, & tamen vsitatis, sed etiam exprimerem quaedam verba imitando, quae noua nostris essent, dummodo essent idonea. Derselbe de off. l. 31. sermone eo debemus vti, qui notus est nobis, ne, vt quidam, graeca verba inculcantes, iure optimo irrideamur.

*c*) Vortreflich sagt QVINCTILIANVS l. c. l. 7. 12. 30. 31. Ego [nisi quod consuetudo obtinuerit] sic scribendum quidque iudico, quomodo modo sonat. Hic enim est vsus literarum, vt custodiant voces, & velut depositum reddant legentibus. Adelungs vollständige Anweisung zur deutschen Orthographie. Moriz deutsche Sprachlehre.

d)

*d*) Libri rhetoricor. ad *Herenn.* IV. 12. item fugere oportet longam verborum continuationem. QVINCTIL. l. c. VIII. 2. 14.

*e*) QVINCTIL. I. c. IV. 2. 36. 61. nam quid in plerisque priuatis iudiciis de re credita, locato conducto, interdictis habere loci poteſt, ſupra modum ſe extollens oratio? CICERO de orat. II. 51. und III. 10. 37. u. f. imgleichen III. 37. 150. u. f. Ein Engelländer ſaget ſehr richtig: Flowers of rhetoric in ſermons and ſerious discourſes, are licke the blue and red flowers in corn, pleaſing to thoſe, who come only for amuſement, but preiudicial to him, who would reap the profit.

*f*) CICERO de orat. I. 3. am Ende: in dicendo vitium vel maximum eſt, a vulgari genere orationis atque a conſuetudine communis ſenſus abhorrere. und I. 12. n. 51. quid eſt enim tam furioſum, quam verborum, vel optimorum, atque ornatiſſimorum ſonitus inanis, nulla ſubjecta ſententia, vel ſcientia. und II. 82. 313. vitanda eſt ingenii oſtentationisque ſuſpicio. Eine goldene Regul vor alle Gelehrte! Der Richter kann ſich in ſeiner Entſcheidung nicht nach Worten, und Wendungen, ſondern nach der Gründlichkeit des Vortrages, beſtimmen. Anders war es bey den Römern. CICERO de orat. II. 44. 187. ſic equidem cum aggredior ancipitem cauſam & grauem ad animos judicum pertractandos omni mente in eo, cogitatione, curaque verſor, vt adolere quam ſagaciſſime poſſim, quid ſentiant, quid exiſtiment, quid exſpectent, quid velint, quo deduci oratione facillime poſſe videantur. Si ſe dant, &, vt ante dixi, ſua ſponte, quo impellimus, inclinant, atque propendent: accipio quod datur, & ad id, vnde aliquis flatus oſtenditur, vela do. Sin eſt integer quietusque iudex: plus eſt operis. Der Magdeburgiſche Regierungsdirector Herr von Tevenar ſagt in ſeinen Anmerkungen über die Kunſt zu referiren §. 14 ſehr richtig: der Rechtsgelehrte muß ſich mehr mit dem Bley und der Waagſchale als mit dem Pinſel beſchäftigen. Auch CIC. de

orat. c. 13. ſaget ſehr ſchön: Dulce orationis genus & ſolutum & effluens ſententiis argutum verbis ſonans eſt in illo epidictico genere, quod diximus proprium ſophiſtarum pompae quam pugnae aptius, gymnaſiis & palaeſtrae dicatum, ſpretum & pulſum foro.

g) Der Verfaſſer der Libr. Rhet. ad *Herenn.* L. 4. c. 10. nennet dies gar recht: fluctuans, & diſſolutum genus orationis, quod ſine neruis & articulis fluctuat huc & illuc. Golden iſt die Regul des Altvaters QVINCTIL. I. c. VIII. prooem. n. 32.: ſit igitur cura elocutionis quam maxima, dum ſciamus tamen, nihil verborum cauſa eſſe faciendum, cum verba ipſa rerum gratia ſint reperta: quorum ea ſunt maxime probabilia, quae ſenſum animi noſtri optime promunt, atque in animis iudicum quae volumns efficiunt. Dem Bilde muß man ſuchen ähnlich zu werden, welches uns CICERO de orat. III. 8. 31. vom Cotta mahlet: limatus & ſubtilis, rem explicans propriis aptisque verbis: haeret in cauſa ſemper, & quid iudici probandum ſit, cum acutiſſime vidit, omiſſis caeteris argumentis in eo mentem orationemque defigit, und III. 35. 134. malim enim indiſertam prudentiam, quam ſtultitiam loquacem. Die in wizigen Schriften gebräuchliche Schreibart, wenn ich Gellert und Rabner ausnehme, ſchicket ſich nicht vor die gerichtliche Aufſätze. Schon CICERO de oratore I. 18. 81. hat dies bemerket: verendum eſt, ne abstrahamur ab hac exercitatione & conſuetudine dicendi populari & forenſi. Aliud enim mihi quoddam genus orationis eſſe videtur eorum hominum, de quibus ante dixiſti, quamvis illi ornate & grauiter aut de natura rerum aut de humanis rebus loquantur. (Nein davon handeln unſere wizige Schriften ſelten, ſondern von Amorn, Wein und Liebe; wie ſich ein dummer Junge aus Liebe und Hochmuth erſchieſet, oder ein Mönch auf dem Grabe ſeiner Geliebten jämmerlich crepirt). Es iſt nicht immer von dieſen Sächelchen wahr: quod nitidum ſit hoc genus & laetum. Aber das iſt mehr

als

als zu wahr, wenn Cicero fortfähret: quod de frangendis cupiditatibus de conformandis hominum moribus litera in eorum libris inuenitur nulla.

*h*) QVINCTIL. I. VIII. 1. 2. nam obscoena vitabimus & humilia & sordida. CICERO de orat. III. 41. 163. & de Off. I. 37. videat inprimis, quibus de rebus loquatur: si seriis seueritatem adhibeat, si iocosis leporem, inprimisque prouideat, ne sermo vitium aliquod indicet inesse in moribus. Derselbe de opt. gen. or. c. 3.

*i*) QVINCTIL. IV. 1. 49. Et vrbanitas opportuna reficit animos. Den Ausdruck: seelig vermeydet man in öffentlichen Aufsäzen, und nimmt davor: verstorben, weyland, bey grosen Herrn: glorreichen Andenkens besser: als höchstseeligen Andenkens. Grose Herren führet man mit dem gebührenden Ehrenwort: Majestät, Durchlaucht, und ihre vornehmere Collegia nicht schlechthin, sondern gleichfalls mit den nöthigen Beywörtern: königlich, fürstlich u. s. w. an. Geistliche werden gemeiniglich mit dem Beyworte. Ehren in öffentlichen Schriften benannt. Ein Regiment bekomt das Beywort löblich. Leute von grosem Range nennet man nicht anders als mit dem Ehrenworte: Herr.

*k*) Nicht ohne grosen Nuzen und Vergnügen lieset man die libros rhetoricorum ad *Herennium*. Diese und Quinctilians institutiones oratorias, CICERO de orator. empfehle ich einem jeden, dem es um guten ordentlichen Vortrag zu thun ist. S. auch des Grafen von Buffons discours prononcé ce 25. Août. 1753. Histoire naturelle T. V. Aber wo soll die Zeit dazu herkommen? Dies soll QVINCTIL. XII. 2. 17. selbst sagen: Rerum cognitio crescit, & tamen quam multorum ad eas librorum lectio necessaria est - - quae quidem possumus omnia, sed breue nobis tempus nos facimus. Quantulum enim studiis impertimur? Alias horas vanus salutandi labor, [Couren und Visiten] alias datum fabulis otium, [Romanleser] alias spectacula, alias conuiuia trahunt. Adiice tot genera ludendi, & in-

ſanam corporis curam [ſich nach Yorick adoniſiren]. Trahat inde peregrinatio, rura, calculorum anxiae ſollicitudines. [Wer mit den vorhergehenden und nachfolgenden Sächelgen die Zeit tödtet, ſollte der wohl viele Zeit auf ſeine Haushaltungsrechnung verwenden? Und doch iſt dies noch die natürlichſte Erklährung des Ausdrucks: calculorum anxiae ſollicitudines. Jeder pflegte über ſeine Einnahme und Ausgabe ein Rechnungsbuch zu halten de PVFEND. T. III. obſ. 215. §. 36. Indeſſen kann es auch das Brettſpiel bedeuten, welches bey den Römern äuſerſt getrieben wurde. SENECA de brev. vitae c. 13. und Ep. 1. 17. auch de tranquill. anim. c. 14.] multae cauſſae libidinum, & vinum, & flagitioſus omni genere voluptatum animus. Bey allen dieſen Reguln bleibet es aber ewig wahr, was CICERO de oratore I. 25. 113. ſaget: naturam primum, atque ingenium ad dicendum vim afferre maximam u. ſ. w.

*l*) Concept III. 16. im Anfange und Tit. 49. §. 3. Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 8. Viſitationsabſchied von 1713. §. 54.

*m*) Concept I. 34. 8. QVINCTIL. IV. 13. n. 4. 16. 34. und IV. 2. 74. imgleichen VII. 10. 13. 16. Libri Rhet. ad *Herenn.* II. 18. und IV. 26. CICERO de oratore 143. drücket es kurz ſo aus: rem demonſtrandam; poſtea controuerſiam conſtituendam: tum id quod nos intenderemus, confirmandum: poſt, quae contra dicerentur, refellenda. Von den ſchwächeren Gründen gilt das bekannte: quae ſingula non proſunt, multa juvant. Ob die ſtärkeren oder ſchwächeren Gründe zuerſt geſezet werden müſſen, iſt die Frage. Quinctilian will die ſchwächeren vorangeſchickt wiſſen, damit ſie zwar nicht wie der Bliz, doch aber wie der Hagel treffen. Ich halte aber das Gegentheil vor rathſamer, weil die Menſchen ſich durch den erſten Eindruck nur gar zu leicht verführen laſſen. CICERO de orat. II. 77. 313. iſt meiner Meynung: atque etiam in illo reprehendo eos, qui, quae minime

fir-

firma ſunt, ea prima collocant - - Male enim ſe res habet, quae non ſtatim, vt dici coepta eſt, melior fieri videtur. - - Si quae erunt mediocra [nam. vitioſis nusquam oportet eſſe locum] in mediam turbam atque in gregem coniiciantur. Dann giebt er II. 53. 215. die allgemeine Vorſchrift: Sed argumento reſiſtendum eſt, aut iis, quae comprobandi eius cauſa ſumuntur, reprehendendis, aut demonſtrando, id, qnod concludere illi velint, non effici ex propoſitis, nec eſſe conſequens: aut ſi ita non refellas, aſſerendum eſt in contrariam partem, quod ſit aut grauius, aut aeque graue.

*) QVINCTIL. VIII. 2. 12.

*mm*) Alii brevitatis aemuli, neceſſaria quoque orationi ſubtrahunt verba, & velut ſatis ſit, ſcire ipſos, quae dicere velint, quantum ad alios pertineat, nihil putant. QVINCTIL. VIII. 2. 19.

*n*) QVINCTIL. II. 12. 6. ſezet den Trumpf darauf: interdum indocti copiam habere maiorem, quod dicunt omnia, doctis & electio & modus eſt, und empfiehlt die Kürze IV. 1. 34. Sunt & illa excitandis ad audiendum non inutilia, ſi nos neque diu moraturos neque extra cauſam dicturos exiſtiment. CICERO de orat. II. 53. 215. qui aut breuiter aut ſummiſſe dicunt, docere iudicem poſſunt:] dies iſt es was wir heut zu Tage verlangen] commouere non poſſunt, in quo ſunt omnia [Dies beziehet ſich auf die römiſchen Reden]. Die überflüſſige Weitläuftigkeit durch Anführung ſolcher Gründe, welche nicht zur Sache gehören, oder wohl gar dem Clienten ſchädlich ſind, züchtiget Cicero l. c. II. 73. u. f. mit Recht.

*nn*) QVINCTIL. VIII. 2. 16.

*nnn*) L. 42. de R. I.

*o*) Ich muß auch noch die treffende Reguln des Quinctilians empfehlen IV. 2. 31. u. f.: narratio ſit dilucida, breuis, veriſimilis. *Dilucida*: ſi fuerit primum expoſita verbis propriis & ſignificantibus, non

non ſordidis quidem, non tamen exquiſitis & ab vſu remotis, tum diſtincta rebus, perſonis, temporibus, locis, cauſis, in hoc accommodata, vt iudex quae dicuntur quam facillime accipiat. [Hier iſt dies die Probe: daß man, wenn der Aufſaz weggeleget wird, ſich den ganzen Fall ohne viele Mühe wieder deutlich denken kann]. *Brevis* erit narratio, ſi inde coeperimus rem exponere, vnde ad iudicem pertinet, deinde ſi nihil extra cauſam dixerimus, tum etiam ſi reciderimus omnia, quibus ſublatis nec cognitioni nec vtilitati quidquam detrahatur - - *Breuitatem* in hoc ponimus, non vt minus, ſed ne plus dicatur, quam oporteat - - Non minus autem cauenda erit, quae nimium corripientes omnia ſequitur obſcuritas, ſatiusque eſt, aliquid narrationi ſupereſſe, quam deeſſe. CICERO de Orat. II. 80. & maiore periculo haec pars orationis obſcura eſt quam ceterae; vel quia ſi quo alio in loco eſt dictum quid obſcurius, tantum id perit, quod ita dictum eſt: narratio obſcura totam obcoecat orationem: vel quod alia poſſis, ſemel ſi obſcurius dixeris, dicere alio loco planius: narrationis vnus eſt in cauſa locus. **Aber wie mühſam muß man nicht oft die zerſtreute Geſchichte aus den Acten zuſammenſuchen?**

*p*) Concept III. 49. 7.

*q*) Dies wird im L. 2. §. 19. L. 3. §. 9. C. de vet. iur. enucl. (I. 17.) zum Verbrechen der Verfälſchung gerechnet; aber ſoweit wird heutiges Tages die Strenge der Beſtrafung nicht erſtrecket.

*r*) L. 13. C. de ſent. & interlocut. (VII. 45.). L. f. C. de LL. Dieſem widerſpricht zwar c. 19. X. de ſent. & re iud. (II. 27.) allein in dieſer Lehre gehet das römiſche Recht dem canoniſchen vor.

*s*) Siehe not. *ee*) zum §. 74.

*t*) Calenbergiſche Canzleyordnung Tit. 4. §. 21.

*v*) CICERO in der bereits angeführten Stelle de orat. II. 80. narrationis vnus eſt in cauſa locus.

*x*) Vi-

x) Visitationsabschied von 1713. Mem. den Adv. und Procurat. zuzustellen. §. 48.

y) Deput. Absch. von 1600. §. 97.

## §. 77.

### Von den Irrthümern der Fürsprecher und Sachwalter.

Was der Fürsprecher und Sachwalter in Gegenwart des Clienten vorträgt, wird vor eben so gut gehalten, als ob es der Client selbst vorgetragen hätte *a*). Wenn aber der Fürsprecher einen Irrthum begangen, und der gegenwärtige Client selbigen nicht sogleich verbessert hat, so kann selbiger noch innerhalb drey Tagen, von Zeit des begangenen Irrthums anzurechnen *b*), verbessert werden; oder wenn er auch dies nicht gethan hat, so muß er sich des Rechtsmittels der Appellation, wodurch die Sache wieder in den Zustand, worinn sie zur Zeit der Einlassung auf die Klage war, zurück versezet wird, gegen die Sentenz bedienen; sonst wird er nach dem rechtskräftigen Urtheile nicht gehört *c*). Hat aber der Fürsprecher in seinen Schriften etwas falsch zum Nachtheil des Clienten angeführt, so kann dieser solches der Regul nach allezeit widerrufen *d*), wenn nicht der Client die Schrift unterschrieben hat, und ihren Inhalt versteht; sonst muß ein billiger Richter immer zur Nachsicht geneigt seyn. Der Fürsprecher oder Sachwalter aber verdient wegen seiner Voreiligkeit eine Weisung.

a) L. 1. C. de error. aduoc. (II. 10.), L. 11. §. 9. D. de interr. in l. fac.

b) L.

*b*) L. 3. C. de error. advoc. LEYSER spec. 48. med. 6. hält davor, daß auch noch nach dem Beschluß der Sache ein solcher Irrthum verbessert werden könne. Allein hier ist ein Unterschied zu machen: ob der Irrthum durch die Gegenwart des Clienten oder durch seine Unterschrift genehmiget ist, oder nicht. Ersteren Falls kann er nur in der Appellationsinstanz, wodurch alles in den Stand gesezet wird, wie die Sache zur Zeit der Einlassung auf die Klage war; lezteren Falls aber, wegen des entdeckten neuen Umstandes den Irrthum wieder gut machen. §. 35. I. de act. (IV. 6.), L. 4. D. de noxal. act. (IX. 4.), L. 11. §. 8. 11. 12. D. de interr. in I. fac. (XI. 1.).

*c*) L. 3. C. de error. aduoc. Wo in continenti fieri soviel, als in 3 Tagen bedeutet. L. 18. C. de iud. (III. 1.) Kopp von den geistl. und civil. Gerichten in Hessen Th. I. §. 337. beweiset aus alten teutschen Gesezen, daß was eine Parthey selbst vorgebracht, ihr schade, daß aber der Fürsprecher sich dreymahl eines andern besinnen können.

*d*) L. 2. C. de error. aduoc., L. 9. §. 3. 4. D. de interrogat. in I. fac.

## §. 78.

### Von der Belohnung des Fürsprechers.

Dem Fürsprecher ist entweder eine jährliche Besoldung festgesezt, oder er bekömmt seine Belohnung für einzelne Arbeiten. Im ersteren Falle ist den Erben des fiscalischen Sachwalters das Vorrecht ertheilet, daß sie die Besoldung des Jahres empfangen, wenn gleich ihr Erblasser zu Anfange des Jahres verstorben ist *a*). Dies lässet sich wohl nicht ohne Unterschied auf andere Fürsprecher ausdehnen. Wenn aber dem Sachwalter vom Clienten die Belohnung schon über-

reicht,

reicht, und jener darauf gestorben ist, ohne daß es an ihm gelegen hat, daß er seiner Pflicht kein Genüge geleistet, so kann das voraus bezahlte von den Erben nicht wieder zurück gefordert werden *b*). Wenn weder eine Besoldung bestimmt, noch überhaupt eine Belohnung ausgezahlt ist, so muß diese zugleich mit Ueberreichung jeder Schrift nach der Lage der Acten und Vorschrift jeder Tax- und Proceßordnung, oder wenn diese nichts von der Belohnung der Fürsprecher verordnen, der Billigkeit nach gefordert, und vom Richter gemäsiget werden, wenn gleich der Proceß verlohren gehet *c*). Bey schweren und wichtigen Sachen pflegen einige Thaler unter dem Nahmen des Handgeldes [pro arrha] zugelassen zu werden *d*), welches nicht unbillig ist, wenn der Unterricht von der Sache beschwerlich gewesen ist. Vor Einsicht und Lesung der vorhergehenden Acten aber, als welche oft zu grosen Stücken angewachsen sind, werden angemessene Belohnungen gutgethan. Vor Lesung einer gegnerischen eingereichten Schrift, desgleichen vor jede geringfügige Unterredung etwas anzusezen, ist offenbahr übertrieben. Um die Belohnung vom Clienten zu erhalten, ist keine förmliche Klage, sondern nur eine blose Anrufung des Richters der Hauptsache *e*), als welcher solches allein bestimmen kann, erforderlich. Dies Gesuch wird entweder als ein Incidentpunct angebracht, wenn die Hauptsache rechtshängig ist, oder als eine zusammenhängende Sache, wenn jene schon abgethan ist, und es findet desfalls ein bedingter Zahlungsbefehl [Mand. c. c.] Statt *f*). Stehet der Fürsprecher in gröserem Ansehen, so

ist deswegen keine Vermehrung der Belohnung zuzuerkennen *g*). Was ein Fürsprecher, welcher noch unter väterlicher Gewalt stehet, erwirbt, wird dem im Kriege erworbenen Vermögen gleich geachtet *h*). Auch in seiner eigenen Sache fordert der Sachwalter mit Recht eine Belohnung *i*). Daß endlich der Fürsprecher seine Handacten und die ihm anvertrauten Urkunden so lange zurück behalten könne, bis er vor seine Bemühungen befriediget wird, ist oben [§. 73. nota *h*)] schon gesaget.

*a*) L. 15. §. 1. C. de aduoc. diu. iud. (II. 7.).

*b*) L. 38. §. 1. D. locati (XIX. 2.) L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. (L. 13.).

*c*) *L.* 1. §. 10. D. de extraord. cognit L. 10. §. 1. D. de negot. gest. (III. 5.) Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 12. L. 13. §. 9. C. de iud. (III. 1.).

*d*) Concept III. 59. 8. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung II. 13. 6. Visitationsabschied von 1713. Mem. den Advoc. und Procuratoren zuzustellen §. 17.

*e*) c. 2. de Rescr, in 6., d. L. 13. §. 9. C. de iud.

*f*) Concept I. 46. 10 Wegen der jährlichen Besoldung aber, wird eine blose Ladung erkannt. Ebendaselbst I. 46. 10.

*g*) L. 6. §. 6. C. de postul. Visitationsabschied von 1713. Mem. den Advoc. und Procurat. zuzustellen §. 20.

*h*) L. 4. 8. C. de adu. diu. iud. (II. 7.).

*i*) VOET. in comm. ad Dig. tit. de postul. §. 7. wider GAIL. L. 1. obs. 151 und MYNSINGER cent. 1. obs. 2. Quistorp Erläuter. versch. Rechtsmaterien n. 6. p. 74.

## §. 79.

### Von den Vorzügen der Fürsprecher.

Die Geseze verkennen das denen Fürsprechern, welche ihrer Pflicht nachkommen, gebührende Lob nicht *a*), und es ist unbillig und unüberlegt, das einem ganzen Stande aufzubürden, was einzelne verschulden. Es ist des Richters Pflicht, die Fehltritte der Fürsprecher mit mildem Ernste zu rügen. Nur muß sich nicht Stolz, Eigendünkel und Leydenschaft einmischen. Thun sie es nicht, so verdienen sie desto grösseren Tadel. Es würde wenig oder gar keine pflichtvergessene Fürsprecher geben, wenn die Richter demjenigen, was in diesem Stücke zu ihrem Amte gehört, sorgfältig nachkämen. Die Erfahrung lehret, daß die Advocaten um so unverschämter sind, je nachgebender der Richter ist, und umgekehrt. Bey den Römern wurden die Advokaten clarissimi genannt *b*). Zum Zeichen der Ehrerbietung gegen das Gericht aber musten sie stehend das Gesuch der Partheyen vortragen, und dem, welchem sonst wegen seiner Würde ein Stul zu sezen war, wurde solcher nicht gereicht, wenn er als Fürsprecher im Gerichte erschien *c*). Den Sachwaltern beym Cammergericht können zwar die Reichsstände Ehrentitul beylegen; jene können sich aber nicht anders, als mit Einwilligung dieses Reichsgerichts, mit Eydespflichten belegen lassen. Durch einen solchen Caracter aber erhalten sie keinen Vorzug vor den übrigen Fürsprechern und Anwälden, und haben nicht den Rang vor den würklichen Räthen, die von den Ständen an das Cammergericht geschickt

schickt sind *d*). Was von Vorrechten und Freyheiten der Fürsprecher hier und da in den Gesezen vorkömmt, wird heutiges Tages nicht mehr beobachtet *e*).

*a*) L. 14. C. de aduoc. diu. iud. (II. 7.), L. 1. 4. pr. C. de adu. diu. iud. (II. 8.) Oberappellationsgerichtsordnung I. 5. 14 CICERO de orat. c. 8. Quid tam porro regium, tam liberale, tam munificum, quam opem ferre supplicibus, excitare affectus, dare salutem, liberare periculis. und CICERO de off. II. 19. Nam in iure cauere, consilio iuuare, atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis, vehementer & ad opes augendas [Cicero will hier von den Clienten, nicht von den Advocaten verstanden seyn] perrinet & ad gratiam.

*b*) L. 1. C. de aduoc. diu. iud. (II. 8.) CICERO de orat. I. 45. 198. Iam vero ipsa [cognitio iuris ciuilis] per sese quantum afferat iis, qui ei praesunt, honoris, gratiae, dignitatis, quis ignorat? Itaque, vt apud Graecos infimi homines, mercedula adducti, ministros se praebent in iudiciis oratoribus, ii, qui apud illos πραγματικοὶ vocantur: sic in nostra ciuitate contra ampliſſimus quisque & clariſſimus vir — Est enim sine dubio domus Iurisconsulti totius oraculum ciuitatis. Siehe auch denselben de off. l. c.

*c*) L. 6. §. 6. C. de postul.

*d*) Visitationsabschied von 1713. Mem. den Advocaten und Procuratoren zuzustellen §. 20.

*e*) L. 5. 6. 7. 8. 10. C. de adu. diu. iud. (II. 7.) L. 3. §. 2. C. de adu. diu. iud. (II. 8.).

## §. 80.

### Von Endigung des Amts der Fürsprecher.

Das Amt eines Fürsprechers endigt sich: 1) durch die Absezung, von der vorher hin und wieder geredet ist. Ueberhaupt müssen Grade der Strafen beobachtet, und so lange noch Hofnung der Besserung da ist, zur Absezung nicht geschritten werden *a*). Die Grade der dem billigen Ermessen des Richters überlassenen Strafen sind: eine Geldstrafe; gelindes Gefängnis; Suspension oder Remotion, Zuchthaus, und Verbannung aus dem Orte *b*). 2) Durch den Todt *c*). 3) Durch die Gelangung zum richterlichen Amte (§. 72.). 4) Durch die Auffagung des Clienten *d*).

*a*) Concept I. 35. 13.

*b*) Ebendaselbst I. 66. 1. 2.

*c*) L. 27. §. 3. L. 57. D. mandati I. contra (XVII. 1.) §. 10. I. ibid. (III. 27.).

*d*) L. 13. §. 9. C. de iud. (III. 1.).

# Neuntes Hauptstück

## von

# Sachwaltern, Anwälden [Procurator].

## §. 81.

### Benennung und Begriff.

Der Ausdruck Sachwalter ist der schicklichste vor das lateinische Wort: Procurator. Weniger wird dieses durch Anwald ausgedruckt, obgleich diese Benennung ebenfalls gebräuchlich ist. Dieser wird im allgemeinen Verstande derjenige genannt, welcher die Geschäfte, dem Auftrage des Eigenthümers gemäs, verwaltet *a*). Sowohl gerichtliche als ausergerichtliche Geschäfte sind der Gegenstand eines solchen Auftrages. Ein zu gerichtlicher Betreibung einer Sache bestellter Procurator ist also derjenige, welcher einen Rechtsstreit nach dem Auftrage des Gewaltgebers betreibet *b*). Der Sachwalter, welcher zu ausergerichtlichen Geschäften bestellet ist, unterscheidet sich von dem gerichtlichen Sachwalter darinn: 1) daß jener auch ohne ausdrückliche Bewilligung einen andern an seine Stelle ernennen kann, auser wenn jemand den Auftrag erhalten hat, vor einen anderen eine Verlobung zu schliesen *c*), welches billig auf alle die Fälle ausgedehnet wird, wo sich der Gewaltgeber blos auf die Treue und Geschicklichkeit seines Sachwalters verläsfet. 2) Ein Sachwalter welcher zu ausergerichtlichen Geschäften bestel-

ſtellet iſt, muß wenigſtens 17 Jahr, ein gerichtlicher aber 25 Jahr alt ſeyn *d*). 3) Zu Verwaltung auſergerſchtlicher Geſchäfte kann auch ein taubber und ſtummer, nicht aber zu gerichtlichen beſtellet werden *e*). Beyde Gattungen der Sachwalter hingegen haben dies mit einander gemein: A) daß ſie zu allen Sachen mit eingeſchränkter oder allgemeiner Gewalt [adminiſtratio omnium bonorum cum libera], oder nur zu einer beſtimmten Sache beſtellet werden *f*); B) daß die Beſtellung eines Sachwalters ſowohl mündlich als durch einen Bothen, oder Brief; unter einer Bedingung; auf einen gewiſſen Tag; bis zu einer gewiſſen Zeit; oder auch auf beſtändig, und zu künftigen Geſchäften geſchehen kann *g*). Nur im ordentlichen Proceſſ verlangen wir heut zu Tage von den Sachwaltern förmliche Vollmachten, dahingegen in ſummariſchen Sachen ein Brief, der alles weſentliche der Vollmacht in ſich hält, hinreichet; C) die Perſon des Geſchäftträgers muß genau beſtimmet ſeyn, und in den Auftrag willigen *h*). Von dem Sachwalter iſt der ungebethene Geſchäftführer [negotiorum geſtor] und der freywillige Vertheydiger [defenſor] unterſchieden *i*). Jener beſorget ohne Auftrag auſergerichtliche, dieſer gerichtliche Sachen, und zwar lezter nicht anders, als gegen geleiſtete Sicherheit, daß der Eigenthümer alles genehmigen werde *k*), von welcher Sicherheitsbeſtellung weder Würde noch Reichthum befreyet *l*). Nur heut zu Tage kommen die freywilligen Vertheydiger nicht leicht vor, und würden doch nur im Anfange der Sache gegen Sicherheitsbeſtellung wegen der Genehmigung

[cautio rati] zugelassen, ihnen aber dennoch in dem Fortgange der Sache die Beybringung einer ordnungsmäsigen Vollmacht auferleget werden. Ehender wird ein freywilliger Vertheydiger in schweren Verbrechen zugelassen. Hier ist es gleichsam Pflicht eines jeden Bürgers, sich des Unschuldigen anzunehmen *m*). Bey den Obergerichten *n*), auch in Reichs- und manchen Landstädten sind ordentliche Procuratoren angenommen, und eydlich verpflichtet, welche einzig zu Betreibung der Rechtsstreitigkeiten bey selbigen zugelassen werden, so daß auch häufig die am Orte selbst gegenwärtige Partheyen nicht zur eigenen Führung der Sachen zugelassen werden *o*). Ein Vormund, und wer diesem gleich zu achten, bestellet vor der Kriegsbevestigung nicht sowohl einen Procurator als einen Actor *p*), vor welchen mir kein teutsches Wort beyfällt. Ein Sachwalter zu seinem eigenen Besten [procurator in rem suam] ist derjenige, welchen die Sache, so er zwar in fremden Nahmen betreibet, am Ende selbst angehet, und diese sind als Eigenthümer anzusehen *q*), können sich auch, nach Verschiedenheit der Fälle, an des Klägers oder Beklagtens Stelle sezen, und die Gefahr des Rechtsstreites gänzlich über sich nehmen *r*), jedoch muß dies mit Bewilligung des Gegentheils geschehen *s*). Ein von einem solchen Sachwalter oder auch vom Verwalter aller Güter vorgenommener Betrug giebt dem Gegentheil daher eine Einrede; bey einem gewöhnlichen Sachwalter aber nur alsdenn, wenn selbiger in diesem Rechtsstreite vorgefallen ist *ss*). Von allen diesen bisher erwähnten Gattungen der Sachwalter sind die Sol-

licis

licitanten *t*) unterschieden, welche bey den höchsten Reichsgerichten vorkommen, aber billig unbekannt seyn sollten. Sollicitatur muß nur nicht mit Maturationsgesuchen vermischet werden. Diese verursachen wenige, jene gar grose Kosten. Wer zu einer gemeinschaftlichen Sache Vollmacht ertheilet hat, und weis, daß ein eigener Sollicitant abgeschickt ist, ob er gleich hierzu keine ausdrückliche Einwilligung gegeben hat, muß zu den auf die Solliciatur verwandten Kosten dennoch beytragen, weil dies bey den höchsten Reichsgerichten ein Mittel zum Endzweck ist.

*a*) Die cognitores waren von den procuratoribus darinn unterschieden, daß diese die Sachen der Abwesenden, jene der gegenwärtigen betrieben. BRISS. de V. S. unter dem Wort cognitor. L. 1. pr. D. de proc. (III. 3.).

*b*) arg. L. 43. pr. D. ibid.

*c*) c. 1. §. 2. c. 9. de proc. in 6. (I. 19.).

*d*) L. 8. pr. L. 41. D. de proc. c. 5. de proc. in 6.

*e*) L. 43. pr. D. de proc.

*f*) L. 12. D. de pactis (II. 14.), L. 1. §. 1. L. 58. L. 63. D. de proc. L. 17. §. vlt. D. de iureiur. L. 60. §. vlt. D. mand. (XVII. 1.) In diesem Gesezze wird ein solcher Auftrag ein mandatum plenum genannt. c. 5. de proc. in 6. L. 9. §. 4. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) §. 43. I. de Rer. diuis. (II. 1.) clem. non potest procurator de proc. (I. 10.) Nach dem jüngern Reichsabschiede §. 101. müssen die gerichtliche Sachwalter zu allen Sachen des Clienten bestellet werden.

*g*) L. 1. §. 1. u. 3. L. 3. 4. D. de proc., clem. instrumento de proc.

*h*) L. 2. L. 8. §. 1. D. de proc. L. 17. C. ibid. c. 7. de procur. in 6. Es wird aber vor eine stillschweigende Einwilligung gehalten, wenn eine überschickte Vollmacht ohne Widerrede vom Sachwalter angenommen ist. Clem. instrumento de proc.

*i*) L. 43. §. vlt. L. 46. §. 2. L. 70. D. de proc. §. 1. I. de obl. quae quasi ex contr. (III. 28.), L. 1. §. vlt. D. quod cuiusque vniu. nom. (III. 4.)

*k*) L. 33 - 36. D. de proc. VOET. in Comment. ad D. L. III. Tit. 4. §. 6., §. 5. I. de satisdat. L. un. C. eod.

*l*) L. 51. §. 2. L. 52. u. 53. D. de proc.

*m*) L. 33. §. 2. D. de proc.

*n*) Concept III. 12. pr. Im Visitationsabschied von 1713. §. 99. ist die Zahl auf 30. gesezet, bey dem Zellischen Oberappellationsgericht auf 6. nach Th. I. Tit. 6. §. 1. 13. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4 §. 7. jedoch werden nach §. 19. in mündlichen Vorträgen Doctoren, Licentiaten, Partheyen in ihrer eigenen und ihrer Anverwandten Sachen zugelassen. Calenberg. Canzley gemeiner Bescheid n. 1. Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 8. §. Es soll niemand. Reichshofr. gem- Bescheid vom 5ten Jul. 1751.

*o*) Wer beym Reichshofrath gegenwärtig ist, und den Proceß verstehet, hat die Erlaubnis, ohne Agenten seine Sachen selbst zu betreiben, muß aber alsdenn die Schriften so unterschreiben: N. in curia praesens. Die Stände des Reichs und unmittelbahre Gemeinheiten können eigene Abgeordnete schicken. Reichshofr. gemeiner Bescheid vom 15. Octobr. 1613. Concept I. 38. Die Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 4 nimt blos die auseergerichtlichen Gesuche und zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehörigen Sachen aus.

*p*) L. 11. C. de proc., §. vlt. I. de curat. (I. 23.)

*q*) L.

q) L. 4. D. de re iud. (XLII. 1.) L. 42. §. 2. L. 55. D. de proc. L. 4. C. ibid. L. 17. §. vlt. D. de iureiur. (XII. 2.) L. 10. §. 12. D. mand. (XVII. 1.)

r) L. 25. §. 17. D. de hered. pet. (V. 3.) L. 29. D. de proc. L. 3. §. vlt. D. de alienat. iud. mut. cauſa facta (IV. 7.)

s) d. L. 29. de proc., arg. L. 2. C. de hered. l. act. vend.

ss) L. 4. §. 18. D. de doli mali & met. exc.

t) Der jüngere Reichsabſchied §. 152. redet nicht von der Sollicitatur. Die Misbräuche derſelben ſind theils durch den Viſit. Abſch. von 17 3. §. 89. 90. 97. theils durch einen Beſchlus der lezteren Viſitation vom 27. Aug. 1769. beym Tafinger §. 730. folgendermaſen abgeſchaffet: 1) Nur die Partheyen ſelbſt, deren zur Sollicitatur ausdrücklich mit Vollmacht verſehene, oder die Cammergerichtsadvocaten und Procuratoren, und zwar dieſe nur in Sachen, die ſie ohnehin zu betreiben den Auftrag haben, dürfen ſollicitiren. Hingegen 2) iſt die Sollicitatur unterſaget: anderen in Wezlar wohnhaften Perſonen, auſer in ihren eigenen Sachen; und ſollen 3) diejenigen, welche mit der Sollicitatur gleichſam ein Gewerbe treiben, und die Sollicitatur fremder Sachen an ſich ziehen, nicht dazu gelaſſen, ſondern vielmehr die Stadt zu räumen angewieſen werden; 4) keinem Beyſizer oder Canzleyperſon iſt das Sollicitiren zu geſtatten. Was §. 5. und 6. weiter folgt, gehöret nicht zur Sollicitatur. Tafinger Inſt. Iprud. cam. §. 732.

## §. 82.

### Wer den Sachwalter beſtellen und wer dazu ernannt werden kann.

Ein jeder, der über ſeine Sachen nach Willkühr ſchalten und walten kann, und welchen insbeſondere die Streitſache angehet a), kann einen Sach-

Sachwalter bestellen, mithin kein Unkluger, kein Unmündiger *b*), kein Tauber und Stummer, kein Verschwender, oder welcher diesem gleich zu achten, kein gemeiner Schuldner im Concurs *c*). Dem Hausſohne und der Haustochter wird die Bestellung eines Sachwalters nur alsdenn gestattet, wenn der Vater alt, krank, abwesend, oder von solcher üblen Lebensart ist, daß sie durch selbigen ihre Sachen nicht betreiben lassen können *d*). Die ordentliche Gemeinheiten [corpora; vniuersitates] bestellen einen Syndicus, durch ein unter dem Amtsnahmen und Siegel ausgestelltes Syndicat, woferne nicht ein im öffentlichen Amte stehender Syndicus vorhanden ist. Sind es keine völlig eingerichtete Gemeinheiten, so werden alle diejenigen, so selbige ausmachen, dazu berufen; zwey Drittheile müssen erschienen seyn, und von diesen wird durch Mehrheit der Stimmen einer erwählet *e*). Bey Dorfgemeinden geschiehet diese Bestellung gemeiniglich gerichtlich oder vor Notarien und Zeugen. Es ist aber auch hinreichend, wenn sämtliche Gemeindsglieder oder doch der mehreste Theil das Syndicat unterschreiben, wenn man nur sicher ist, daß alle berufen, und wenigstens zwey Drittheile gegenwärtig gewesen sind, oder unterschrieben haben. Sogar wird unterweilen eine von der ganzen Gemeinde vor dem Gerichtsdiener unterschriebene Vollmacht statt eines Syndicats angenommen *f*). Es können aber auch vor eine beklagte Gemeinde ein oder andere Glieder als Defensoren erscheinen, wenn sie nur zum Besten der Gemeinde handeln *g*) (§. 81. nota k. et seq.). Wenn ein Gemeinheitsmitglied mit der Gemeinde

im

im Rechtsstreite befangen ist, und selbige die Kosten nach dem Contributionsfusse einsammlet, so ist dieser nicht schuldig, dazu mit beyzutragen *h*). Dahingegen wenn sämtliche Köther eines Dorfes wider sämtliche Ackerleute klagen, so sind beyde nur Streitgenossen, stellen kein Syndicat aus, und müssen die Kosten aus eigenen Mitteln zusammen bringen. Ein Syndicus wird aber nicht als procurator von den einzelnen Mitgliedern angesehen, und was der ganzen Gemeinde zustehet, gehöret nicht einzelnen Gliedern *hh*). Stifter müssen die Syndicate durch den Bischof, die Presbyters, Decanen und von Zeugen ausstellen lassen *i*), wiewohl leztere heut zu Tage nicht zugezogen werden, weil das Stiftssiegel hinlängliche Beglaubigung enthält. Klöster bestellen ihren Actor oder Syndicus durch eine vom Abt oder Rector ausgestellte Vollmacht *k*). Zum Bevollmächtigten können folgende Personen nicht ernannt werden: 1) Frauenspersonen, nicht einmahl die Frau vor ihren Ehemann; nicht die Mutter vor ihren Sohn *l*); wohl aber, wenn Ehemann oder Sohn verhindert sind, können sie eben so wie die Haussöhne und Haustöchter als Vertheydiger auftreten S. die Note *d*); 2) die mächtigeren Bediente *m*); bey den Römern kein Decurio, welches auf heutige städtische Bediente nicht auszudehnen ist *n*); 3) Soldaten, welche noch im Dienste stehen, wohl aber abgedankete, es sey dann, daß sie vor ihr Regiment oder Compagnie [in causa communi numeri sui] oder zu ihrem eigenen Besten [in rem suam] die Sachen führen *o*); 4) kein Verbrecher *p*); 5) kein Taub- und Stummer; S. den vorigen §

n. 3. Note e); 6) kein Minderjähriger in Sachen, wo er die Wiedereinsezung in den vorigen Stand verlangen kann q); 7) derjenige, welcher in den Gerichten, wo eine gewisse Anzahl Sachwalter eingeführet ist, nicht dazu angenommen und verpflichtet ist; 8) die catholischen Ordensgeistliche können nur vor ihre Theilhaber des Rechtsstreites, eine Vollmacht annehmen, sonst gehöret die Erlaubnis ihrer Obern dazu r). Auser diesen Personen kann einer oder auch mehrere zu Sachwaltern ernennet werden, welches leztere jedoch selten geschiehet, weil es die Kosten ohne Noth vermehren würde, und in der Zellischen Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. VI. §. 13. ausdrücklich verbothen ist. Sind aber mehrere ernannt, so sind sie entweder einer vor alle [in solidum], oder alle insgesamt bestellet [coniunctim]. Ersteren Falls kann sich der eine so gut, als der andere der Sache unterziehen, und wenn einer die Sache bis zur Kriegsbefestigung fortgeführet hat s), so gehet dieser hernach dem anderen so lange vor, als er die Sache betreibet und betreiben kann. Will oder kann aber jener die Sache nicht fortsezen, so kann lezterer, woferne nicht bereits ein anderer substituiret ist, sich deren nunmehro unterziehen, und wenn dieser es gethan, so kann der erste sich der Geschäftführung nicht weiter annehmen, es sey dann, daß der lezte die Sache nicht betreiben könnte oder nicht betreiben wollte. Sind sie aber nicht alle vor einen, und einer vor alle, sondern zur gemeinschaftlichen Verwaltung bestellet, so kann keiner ohne den andern etwas unternehmen, es müste ihnen denn solches bey unvermeydlichen

Hin-

Hindernissen gestattet seyn *t*). Einige wenige Sachen leyden keinen Bevollmächtigten: 1) Sachen des Hochverraths *u*); 2) Volksklagen [act. popularis], ohne Zweifel aus der Ursache, weil es keines Bevollmächtigten bedarf, sondern ein jeder der rechte Kläger ist. Es müste denn seyn, daß mit dem öffentlichen Wohl auch der besondere Nutzen des Klägers verbunden wäre; 3) nicht anders als nach untersuchter Sache und richterlicher Bewilligung bey dem Interdict, wodurch der Vater die Kinder zurück fordert *y*).

*a*) Ein zu ausergerichtlichen Geschäften bestellter Bevollmächtigter kann, der Regul nach, zu gerichtlichen Sachen keinen Sachwalter ernennen arg. L. 31. §. pen. D. de neg. gest. (III. 5.) Ist er aber mit der Gewalt versehen, alles zu thun, was der Eigenthümer thun könnte, so wird ihm solches verstattet. L. 12. D. de pactis (II. 14.) L. 58. D. de proc. L. 60. §. vlt. D. mandati (XVII. 1.) c. 5. de proc. in 6.

*b*) L. 51. pr. D. de proc. L. 11. C. ibid. L. 5. D. de R. I.

*c*) L. 40. D. de R. I. L. 35. §. 1. D. de iureiur. (XII. 2.)

*d*) L. 8. pr. L. 41. D. de proc.

*e*) L. 3. 4. 5. 6. §. 1. D. quod cuiusque vniu. nom. (III. 4.) L. 3. D. de decret. ab ord. fac. (L. 9.)

*f*) Des Zellischen Oberappellationsger. gemeiner Bescheid n. 18.

*g*) L. 1. §. f. D. quod cuiusque vniu. nom. ag.

*h*) LEYSER spec. 84. med. 12. Zu dieser Einsammlung wird im Bremischen die Einwilligung der Regierung billig erfordert.

*hh*) L.

*hh*) L. 2. L. 7. §. 1. D. quod cuiusque vniu. nom.

*ii*) c. 1. X. de proc.

*kk*) c. 21. X. de reſcr. (I. 3.) woferne ſie nicht unterſchiedene Gerechtſame haben. clem. procuratorem ac praelato, de proc. (I. 10.) Im c. 9. X. de iud. heiſet es aber: non ſolus Abbas, ſed fratres Monaſterii cum aſſenſu Epiſcopi. S. auch c. 4. 5. X. de his quae fiunt a prael. ſine conſ. cap. (III. 10.)

*ll*) L. 4. 18. C. de proc.

*mm*) L. 25. C. de proc. t. t. C. ne lic. pot. patroc. (II. 14.)

*nn*) L. 34. C. de decur. (X. 31.)

*oo*) L. 8. §. 2. D. L. 7. 9. C. de proc.

*pp*) L. 6. C. de proc. §. vlt. I. de except. (IV. 13.)

*qq*) L. 51. pr. D. de proc. L. 23. D. de min. c. 5. in fine de proc. in 6.

*rr*) clem. religioſus procurator. de proc.

*ss*) BOEHMER in I. E. P. L. 1. Tit. 38. §. 47. bemerket mit Recht, daß der Pabſt durch die irrige Meynung der Gloſſatoren verleitet, das Eigenthum des Rechtsſtreites zum Entſcheidungsgrunde gebrauchet habe, da dieſes doch vielmehr daher flieſe, weil einer vor alle beſtellet worden.

*tt*) c. 6. de proc. in 6. L. 32. D. de proc.

*uu*) arg. L. 5. §. 2. C. ad L. Iul. Maieſt. (IX. 8.)

*xx*) L. 39. §. vlt. L. 40. pr. L. 42. 45. §. 1. D. de proc. L. 5. de popul. act. (XLVII. 23.) §. 3. I. de ſuſpect. tut. (I. 26.)

*yy*) L. 40. pr. D. de proc.

## Muſter eines Syndicats.

Geſchehen N. den u. ſ. w.

Nachdem die Gemeinde N. mit dem Herrn von N. wegen der Hude und Weyde in einen Rechtsſtreit

ſtreit verwickelt iſt, und einen Syndicus zu beſtellen die Nothdurft erfordert; die ganze aus 87 Riegehäuſern beſtehende Gemeinde auch zu ſolchem Ende durch (die Glocke) den Trommelſchlag zuſammenberufen, nachfolgende Perſonen, welche mehr als zwey Drittel ausmachen, erſchienen, und wovon diejenigen ſo als Vormünder aufgetreten ſind, würklich von hieſigem fürſtlichen Amte dazu beſtellet worden; als haben ſämtliche Erſchienene einmüthig N. und N. zu ihren Syndicen ernannt, und zwar dergeſtalt, daß einer ohne den andern in dieſer Sache nichts vornehmen ſoll, auſer wenn der eine verſtorben oder behindert wäre. Hiernächſt iſt das in hieſiger Canzleyordnung vorgeſchriebene Vollmachts-Formular wörtlich vorgeleſen und erkläret, welches ſie denn in allem genehmiget, und hiernach die Führung der Sache mit der Befugnis ein oder mehrere Afteranwälde zu beſtellen, beyden obgedachten Syndicen übertragen, auch deſſen zu Urkund dieſes Protocoll theils eigenhändig unterſchrieben, von denenjenigen aber, ſo Schreibens unerfahren, mit 3 Kreuzen unterzeichnet worden. (Hier folgen die einzelne Nahmens-Unterſchriften) Geſchehen wie oben *a*).

Zur Beglaubtaung N.

*a*) Es iſt rathſam einen oder mehrere Syndicen vor alle Rechtsſtreite zu beſtellen Mir iſt der Fall in hieſigen Landen vorgekommen, daß vor ein Syndicat zehn Thaler Caſſenmünze angeſezet wurde.

## §. 83.

### Von Afteranwälden [ſubſtitutis].

Es iſt ſchon im §. 81. bemerket, daß ein auſergerichtlicher Sachwalter ohne beſonderen Auf-

trag einen anderen ernennen könne; allein ein zu gerichtlichen Sachen bestellter Anwald kann nur alsdenn einen anderen an seine Stelle ernennen, wenn ihm 1) solches ausdrücklich aufgetragen, oder 2) er durch die Kriegesbevestigung Eigenthümer des Rechtsstreites worden ist *a*). Im jüngeren Reichsabschiede §. 100. ist geordnet, daß ein jeder gleich in der ersten Vollmacht auser seinem Sachwalter noch einen anderen auf den Fall anordnen soll, wenn jener mit Tode abgehen, oder sonst an der Fortsezung der Sache behindert würde. Ja wenn der Substitut vor dem Sachwalter verstürbe, so soll sofort ein anderer Substitut ernannt werden. Hierdurch ist die eben angeführte Würkung des Eigenthums des Rechtsstreites, welche überhaupt eine Folge des strengen römischen Rechts ist, nicht angenommen, und sogar im Concept I. 32. pr. §. 1-4. gerade das Gegentheil verordnet, daß nähmlich kein Sachwalter einen Substituten vor sich ernennen, sondern solches blos bey eintretender Verhinderung mit Bewilligung des Cammerrichters und zweyer Beysizer einstweilen bis die Parthey solches genehmiget, geschehen soll. Der Substitut muß, zum Zeichen, daß er den Auftrag angenommen habe, die Vollmacht unterschreiben. Sobald der hauptsächlich bestellte Sachwalter die Sache zu betreiben behindert wird, muß der Substitut sich derselben annehmen; und allemahl vorerst die Sache abwarten, wenn er gleich Ursachen hätte, weswegen er sich der Sache nicht unterziehen könnte, welche er demnächst anzeigen und Erkänntnis darüber gewärtigen muß *c*). Auch der Substitut kann ohne erhebliche Ursachen

vom

vom Gewaltgeber nicht widerrufen werden *d*). Kein Sachwalter darf Nahmens eines anderen ohne Auftrag oder Substitution auf blose Hofnung der Genehmigung sich einer gerichtlichen Handlung unterziehen *e*). Ein Substitut darf dem Gegentheil nicht dienen. Hat er noch nichts in der Sache unternommen, so wird ihm solches, jedoch nicht anders, als auf Anzeige und Erlaubnis des Gerichts, gestattet *f*).

*a*) c. 1. §. 1. de proc. in 6. Jedoch darf ein geistlicher Sachwalter, oder überhaupt der Sachwalter, in einer geistlichen Sache, nicht ohne Vorbewust seines Vorgesezten einen Substituten ernennen. Clem. religiosus procuratur, de proc.

*b*) Tafinger Inst. Iprud. cam. §. 714. der neueren Auflage.

*c*) Reichsabschied von 1654. §. 100.

*d*) c. 3. de proc. in 6.

*e*) Concept l. 31. 9.

*f*) Reichshofr. gemeiner Bescheid vom 19. Jul. 1751.

## §. 84.

### Von muthmaslichen Sachwaltern.

In folgenden Fällen wird der Auftrag vermuthet: 1) wenn der Eigenthümer gegenwärtig ist, und weis, daß seine Sachen von einem andern besorget werden *a*); 2) bey nahen Anverwandten, nähmlich: Eltern, Kinder, Brüder, Schwäger *b*), und also auch der Ehemann wegen seiner Ehefrauen *c*); 3) bey Gesellschaftern und Theilnehmern desselben Rechtsstreites, wenn diese sich auf die Klage eingelassen haben *d*). Auch

wenn nicht anders zu vermuthen, daß einer ebenfalls Auftrag ertheilet haben würde, da mehrere andere Theilnehmer solches gethan haben, ihm aber nichts davon eröfnet ist, und er immer hinterlistig zurückgeblieben ist *dd*); 4) bey demjenigen, welcher hauptsächliche Urkunden in Händen hat *e*); welches um so mehr 5) bey demjenigen eintritt, welcher eine auf ihn gerichtete Assignation in Händen hat, welcher als ein Sachwalter zu seinem eigenen Besten anzusehen ist [procurator in rem suam] *f*): 6) wenn der Niesbraucher Nahmens des Eigenthümers sich über eine neue Anlage beschwehret *g*). Diese muthmasliche Vollmacht, auser bey dem Ehemanne und in dem fünften Falle, hat nur die Würkung, daß der Sachwalter im Anfange des Rechtsstreites gegen bestellte Sicherheit wegen der Genehmigung *h*) zugelassen wird, hernach muß er aber doch Vollmacht beybringen, worinn zugleich das bisherige genehmiget werden muß. Sind aber Gegenvermuthungen vorhanden, daß der Eigenthümer der Sache demjenigen, welcher sonst eine muthmasliche Vollmacht haben würde, keinen Auftrag geben werde, so wird er auch nicht einmahl gegen Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung zugelassen, weil hier eine Vermuthung die andere aufhebet, und sodann sich keine Genehmigung des Eigenthümers gedenken lässet *i*). Eine solche muthmasliche oder stillschweigende Vollmacht ist nie in solchen Fällen hinreichend, wozu eine besondere Vollmacht gehöret *k*), z. E. 1) zur Beschwerde über einen neuen Bau, weil dadurch der Gegentheil als Besizer anerkannt wird. Der Niesbrau-

cher

cher machet hier eine Ausnahme *l*). 2) Zur Wiedereinsezung in den vorigen Stand, weil dadurch dasjenige vor rechtsbeständig angenommen wird, wogegen man die Wiedereinsezung in den vorigen Stand suchet *m*).

*a*) L. 6. §. 2. L. 18. 55. D. mand. (XVII. 1.) L. 6. C. ibid. (IV. 29.) L. 60. de R. I. §. 1. I. de iis per quos agere poss. (IV. 10.)

*b*) L. 35. D. L. 12. C. de proc. L. 3. §. 3. D. iudicatum solui (XLVI. 7.)

*c*) L. 21. C. de proc. L. vlt. C. de pact. conu. (V. 14.) Dieser soll keine Sicherheit wegen der Genehmigung bestellen. Allein de PVFENDORF T. 1. Obs. 12. merket an, daß auch der Ehemann, wenn er wegen der Nebengüter seiner Ehefrauen klaget, ausdrückliche Vollmacht beybringen müsse.

*d*) L. 2. C. de comfort. eiusd. lit. (III. 40.)

*dd*) L. 4. pr. D. de doli mali & met. exc.

*e*) BOEHMER Introd. in ius dig. Lib. III. Tit. III. §. 9.

*f*) MEV. P. 8. Dec. 220. 439. 440.

*g*) L. 1. pr. L. 5. §. 1. D. si vsusfr. pet. (VII. 6.) L. 1. §. 19. 20. D. de N. O. N. (XXXIX. 1.), L. 1. §. 4. D. de remiss. (XLIII. 25.)

*h*) L. 21. C. de proc. L. 2. C. de cons. eiusd. lit. L. 8. pr. D. de neg. gest. (III. 5.)

*i*) L. 40. §. vlt. D. de proc. L. 24. C. ibid.

*k*) L. 27. pr. de min. 25. ann. (IV. 4.)

*l*) L. 5. §. 18. L. 13. D. de N. O. N. (XXXIX. 1.)

*m*) L. 26. D. de min. 25. ann.

## §. 85.

### Von der Vollmacht.

Ein jeder, welcher Nahmens eines andern eine gerichtliche Sache führen will, sollte im Anfange der Sache Sicherheit wegen der Genehmigung bestellen *a*), welches aber nicht beobachtet wird. Daß aber die Sachwalter gehörige Vollmacht beybringen, gehöret als ein wesentliches Stück des Verfahrens zum richterlichen Amte *b*). Diese muß 1) von Gemeinheiten [corpora], Vormündern und Pflegern auf die Nachfolger im Amte, sonst aber auf die Erben, um die Wiederannehmung des Rechtsstreites abzuschneiden, gestellet, auch zugleich die Vormundschaftsbestellung u. s. w. beygeleget werden *c*); 2) folget die Benennung der Sache, worinn dieser Bevollmächtigte bestellet worden, und zwar wenn er in einer einzelnen Sache bestellet wird, so muß der Gewaltgeber, der Gegentheil, und billig auch der Gegenstand des Rechtsstreites bemerket werden. Wer nun in den beyden Theilen zustehenden Klagen [iudiciis duplicibus] zur Klage bestellet ist, der kann auch ohne besonderen Auftrag seinen Gewaltgeber als Beklagten vertreten *d*). Dies gilt Ausdehnungsweise auch von der Wiederklage. Nach dem Reichsabschied von 1654. §. 101. müssen die Vollmachten auf alle Sachen des Gewaltgebers, so er bey dem Cammergericht hat, gestellet werden. Dies wird so ausgedruckt: zu Vollführung meiner an dem hochlöblichen Kayserlichen und Reichscammergericht zu Wezlar hievorigen, jezigen und künftigen Rechtssachen,

gegen

gegen wen ich die haben und überkommen möge. In hiesigen Landen werden die Vollmachten nur auf alle unter diesen Partheyen vorkommende Rechtsstreitigkeiten gestellet, in den Worten: hiebevorigen, jezigen und künftigen eingeführten Sachen *e*). Fallen demnächst neue Sachen vor, so muß von dieser allgemeinen Vollmacht eine gerichtlich beglaubigte Abschrift zu dieser neuen Sache beygebracht werden *f*). 3) Muß der Sachwalter mit Vor- und Zunahmen, und wo gleich anfänglich einen Afteranwald zu ernennen die Nothdurft erfordert, auch dieser auf folgende Art ernannt werden: auch zugleich auf Absterben oder den Behinderungsfall den Herrn N. 4) Ist schon etwas in der Sache verhandelt, und wird demnach die Vollmacht nicht gleich bey der ersten Handlung eingebracht, so muß sie auch insbesondere die Genehmigung des bisher verhandelten in sich halten. 5) In denen Gerichten, wo nicht nothwendig ein Afteranwald zugleich ernennet werden muß, da ist doch erforderlich, dem Bevollmächtigten die Befugnis zu ertheilen, einen Afteranwald zu ernennen. 6) Dann werden wiewohl ohne Noth, die einzelnen Handlungen des Rechtsstreites erzählet, welche der Bevollmächtigte zu besorgen Macht haben soll. Wo aber ein gesezliches Vollmachtsformular vorgeschrieben ist, da lässet sich in diesen Stücken nichts änderen *g*). Allein wo dergleichen vorgeschriebene Vollmachten nicht vorhanden sind, da ist es genug, wenn dem Sachwalter die Führung der ganzen Sache soweit aufgetragen wird, daß alles, was er thun oder lassen würde, so angesehen werden sollte, als wenn

er es selbst gethan oder unterlassen hätte. Selbst der Appellation zu erwähnen ist überflüsig, weil der Sachwalter ohnehin die Apellation wenigstens einwenden muß *h*), und soviel deren Fortsezung betrift, gemeiniglich unnüz, weil bey dem Obergerichte, an welches die Appellation gehet, doch ein neuer bey selbigem angesezter und verpflichteter Anwald bestellet werden muß *i*). Auch der Execution und was damit zusammenhänget, Erwähnung zu thun, hat keinen Nuzen, ob es gleich im Concept III. 14. 14. befohlen ist. Dahingegen ist es nöthig, diejenigen Handlungen ausdrücklich zu bemerken, welche einen besonderen Auftrag erfordern, dahin gehöret: die Wiedereinsezung in den vorigen Stand zu suchen, der Appellation und andern Rechtsmitteln zu entsagen; Vergleiche zu stiften; die Sache auf einen schiedesrichterlichen Ausspruch zu stellen; Gelder und Güther in Empfang oder an Zahlungsstatt anzunehmen, und über den Empfang Quittungen auszustellen; diejenigen Eyde abzuschwören, welche durch einen Sachwalter zu leisten gestattet sind *k*); Verzicht zu thun, da wo der Verzicht einen beträchtlichen Nachtheil bey sich führet; Urkunden vor richtig zu erkennen, oder eydlich abzuläugnen; andere hauptsächliche gerichtliche Geständnisse zu verrichten. 7) Daß die Schadloshaltung dem Sachwalter unter Hypothek versichert werde, hat in die Hauptsache keinen Einflus, sondern dienet nur zur Sicherheit der Sachwalter. Endlich 8) muß die Vollmacht von allen Theilhabern mit Vor- und Zunahmen unterschrieben, oder von den übrigen Vollmacht auf einen Streitgenossen beygebracht,

auch

auch unterſiegelt, oder der Mangel des Siegels angeführet werden *l*). Hin und wieder wird die Beglaubigung der geſchehenen Vorleſung, Erklährung, Genehmigung und Unterſchrift von einem Richter oder Notarius weſentlich erfordert, welches durchgängig beobachtet werden ſollte *m*). Statt einer ſolchen förmlichen Vollmacht wird häufig ein bloſes Blanquet ausgeſtellet. Dies muß billig vom Gewaltgeber ſelbſt, nicht vom Sachwalter geſchrieben und dergeſtalt abgefaſſet werden, daß nicht allein der Endzweck des Blanquets, ſondern auch die Rubrik der Sache daraus zu erſehen iſt. Z. E. Blanquet zur gewöhnlichen Vollmacht in Sachen meiner wider Cajus wegen eines Darlehns [oder in allen meinen proceſſualiſchen Angelegenheiten bey der hochpreislichen Juſtizcanzley zu N.] auf den Sachwalter Herrn N. u. ſ. w., welches denn, wie gewöhnlich, zu unterſchreiben, auch Tag, Jahr, Ort, und wenn der Gewaltgeber blos unterſchrieben hat, ein öffentliches Atteſtat über die Vorleſung, Genehmigung und Richtigkeit der Unterſchrift hinzuzufügen iſt. Blanquet zur Vollmacht wie oben ſtehet, iſt unzulänglich. So iſt es auch genug, wenn ein Gewaltgeber im Gericht zu Protocoll giebet, daß er dem Cajus gewöhnliche Vollmacht entweder in allen ſeinen bey dieſem Gericht anhängigen Sachen, oder in einer gewiſſen Sache hiermit ertheile *mm*). Derjenige Sachwalter, welcher eine unzulängliche Vollmacht beybringet, ſoll die dadurch veranlaſſete Koſten aus ſeinen eigenen Mitteln tragen *n*), wird auch desfalls willkührlich geſtrafet *o*). Die

Einreden, welche der Gegentheil wider die Vollmacht zu haben vermeynet, müssen auf einmahl und zwar billig bey der Kriegsbevestigung vorgetragen werden *p*); allein die Einrede der völlig unrichtigen Bevollmächtigung muß sowohl von richterlichen Amtswegen, als im ganzen Processe annoch gehöret werden *q*). Wenn aber die Vollmacht vom Gegentheil einmahl vor richtig angenommen worden, so kann er, der Regul nach, weiter keine Einreden dagegen machen *r*). In verschiedenen Gerichten wird im ordentlichen Processe, nach geendigtem Schriftwechsel, ein Verhörstermin angesezet, worinn die Vollmachten wechselsweise zur Anerkennung vorgeleget und entweder anerkannt, oder dem richterlichen Ermessen überlassen oder auch Erinnerungen gemachet werden. Daneben müssen die Partheyen oder ihre Anwälde, ohne die Hauptsache weiter zu berühren zum Urtheile beschliesen, welches ein unnüzer Termin ist, da alles dieses in anderen Gerichten nur beyläufig in den Schriften selbst geschiehet. Einer ausdrücklichen Vollmacht ist die nachherige Genehmigung völlig gleich zu achten *s*); und es wird als eine stillschweigende Genehmigung angesehen, wenn der Kläger oder Beklagte von dem Urtheile selbst appelliret, welches wider denjenigen ergangen ist, der sich ohne Vollmacht bisher als Sachwalter aufgeworfen hat, oder sonst die Sache da weiter fortsezet, wo der angebliche Sachwalter sie gelassen hatte *t*). Die Vollmachten sind in den mehresten Processordnungen meistens nach dem Muster der beym Cammergericht gebräuchlichen vorgeschrieben, mithin

wäre

wäre es vergeblich Muster davon hierher zu sezen. Wie sie besser eingerichtet werden können, gehöret nicht hierher. In dem Entwurfe des Gesezbuches habe ich ein verbessertes Formular entworfen.

a) L. 39. §. 1. D. de proc. L. 1. C. ibid. Concept. I. 33. pr. §. 1. u. Tit. 34. §. 2. imgleichen Th. III. 14. 5. 9. Reichshofrathsordnung Tit. 3. §. 7. Tit. 7. §. 7. 8. Nach dem Reichshofr. gemeinen Bescheide vom 19. Jul. 1751. binnen 2 Monathen nach überreichter ersten Supplik bey Strafe von 3 Mark Silber. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 6. 3. Gemeiner Bescheid n. 25. u. 26. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 3. Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 8. §. Dieselben Procuratoren.

b) L. 24. C. de proc.

c) Reichsabschied von 1654. §. 99. Visitationsabschied von 1713. §. 58. Zellische Oberappellationsgerichtsodnung am angeführten Orte und gem. Bescheid n. 44. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 2. 6.

d) L. 35. §. 1. D. de proc.

e) Siehe die vorgeschriebene Vollmacht, Zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. Tit. 6. am Ende, Calenbergische Canzleyordnung am Ende.

f) Concept III. 14. 3. Reichshofrathsordn. Tit. 3. §. 7. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung a. angef. Orte §. 4. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 5. Calenbergische Hofgerichtsordnung Tit. 8. Da auch ein Procurator. Im Concept l. 33. 8. war verordnet, daß derjenige, welcher eine allgemeine Vollmacht hat, sich aller Sachen unterziehen soll, woferne er nicht zeige, daß sein Gewaltgeber ihm diese oder jene Sache zu betreiben untersaget habe. Im Visitationsabschiede von

1713. Memorial den Adv. u. Procur. zuzustell. §. 17. n 2. aber ist dies dahin geändert, daß, wer eine allgemeine Vollmacht hat, bey einer neuen Sache hiervon beglaubte Abschrift, und daneben nur einen Handbrief des Gewaltgebers beybringen soll, daß er ihm diese Sache ebenfalls zu betreiben auftrage. Dies ist also zur Bestimmung des §. 101. des jüngeren Reichsabschiedes, daß nähmlich die Vollmacht auf alle Sachen gestellet werden soll, zu merken.

g) Im Visitationsabschied von 1713. Memorial den Advocaten und Procuratoren zuzustellen §. 17. n. 2. sind gedruckte Formulare einzuführen befohlen, Reichsabschied von 1654. §. 99. Reichshofrathsordnung Tit. 7. §. 20. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung Th. I. Tit. 6. §. 14. gemeiner Bescheid n. 17. Calenb. Canzl. Ordn. Tit. IV. §. 4. Es ist jedoch dies Vollmachtsformular und überhaupt die Einreichung durch Procuratoren und deren Unterschrift nur bey würklich streitigen Gerichtshändeln erforderlich. Der gem. Bescheid vom 14ten Dec. 1790 verbietet die willkührliche Aenderungen der Vollmachts-Formulare bey Vermeydung der Zurückgabe und Geldstrafe.

*h*) L. 17. C. de proc. L. 9. 10. C. de appellat. (VII. 62.) c. 14. X. de proc.

*i*) L. 27. C. de proc.

*k*) Oberappellationsgerichtsordnung Th. 1. Tit. 6. §. 15. erfordert zur Eydesleistung eine besondere Vollmacht, in welcher die Eydesformel eingerücket seyn muß; desgleichen zur Anerkennung der Hand und Unterschrift; zum Haupt- und Diffessionseyde aber sollen die Partheyen selbst erscheinen.

*l*) Zellischer Oberappellationsger. gemeiner Bescheid n. 15. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. § 2.

*m*) Zellischer Oberappellationsger. gemeiner Bescheid n. 17. Concept I. 52. 1. BOEHMER D. de contractu non praelecto c. 2. §. 2. u. f.

*mm*)

*mm*) L. VII. C. de ſatisdat. (II. 57.)

*n*) Calenbergiſche Hofgerichtsordnung Tit. 8. §. dieſelben Procur. Zelliſcher Oberappellationsger. gemeiner Beſcheid n. 15. arg. L. 4. D. de re iud. (XLII. 1.) L. 36. de R. I.

*o*) Concept III. 14. 1.

*p*) Concept III. 1. 2., L. 8. §. 2., L. 13. C. de proc.

*q*) L. 24. C. de proc. Sogar ſoll nach dem Concept III. 1. 2. und III. 26. 11. nicht ehender geſprochen werden, bis die Bevollmächtigung berichtiget iſt; allein in anderen Gerichten wird neben der Hauptſache auf beſſere Legitimation erkannt.

*r*) L. 57. D. de proc.

*s*) L. 56. D. de iud. (V. 1.) L. 60. de R. I., L. vlt. C. ad SCt. Maced. (IV. 28.) c. 10. de R. I. in 6.

*t*) L. 3. §. vlt. L. 5. D. ratam rem hab.

## §. 86.

### Von dem Eigenthume des Rechtsſtreites.

Die Römer hatten eben ſo hohe Begriffe von der Freyheit eines Menſchen, als weggeworfen in ihren Augen die Knechte waren. Durch Knechte konnte alſo dem Herrn nur etwas erworben werden. Was war nach dieſer Denkungsart natürlicher, als daß ſie auf den Gedanken geriethen, ein freyer Menſch könne durch den anderen freyen Menſchen nichts erwerben? Dies würde aber geſchehen ſeyn, wenn der Procurator vor ſeinen Gewaltgeber einen Rechtsſtreit geführet hätte. Ueberdem war die Klage und Litisconteſtation eine förmliche Handlung, welche

die

die persönliche Gegenwart erforderte. Daher wurden in älteren Zeiten der Regul nach gar keine Procuratoren zugelassen, auser in Sachen die das ganze Volk, die Freyheit eines Menschen, und die Vormundschaft angiengen *a*); und hernach nur Knechte dazu gebraucht *b*). Man fand aber in der Folge, daß es in gewissen Fällen so nöthig als nüzlich sey, seine Sache durch andere erfahrene Leute betreiben zu lassen, und lies zwar die Procuratoren zu, wollte jedoch nicht gerade zu die vorigen Grundsäze über den Haufen werfen, und so that man, was in mehreren Fällen geschahe, man behalf sich mit einer Erdichtung, und legte einem Procurator, welcher sich durch Vollmacht legitimiret hatte, sobald die Litiscontestation geschehen war, vermöge eines gleichsam darinn liegenden Contracts *c*), das Eigenthum des Rechtsstreites bey. Dies Eigenthum des Rechtsstreites ist im päbstlichen Rechte *d*), in den Reichsgesezen *e*) und mehreren anderen besonderen Processordnungen ausdrücklich beybehalten *f*). Es fehlet auch nicht an Rechtslehrern, welche die Würkungen dieses Eigenthums annoch vertheydigen *g*); allein wer den Gerichtsgebrauch kennet, kann dies nicht behaupten, und wird dahero mit besserem Grunde von anderen geläugnet *h*). Die Würkungen des Eigenthums des Rechtsstreites will ich aus des Heineccius Antiquitäten Lib. IV. Tit. X. §. 5. und Böhmer am angef. Orte, der Kürze wegen, ohne weitere Beweisstellen hierher sezen und zugleich anführen, wie weit davon noch heut zu Tage ein Gebrauch übrig

sey:

sey: I.) Daß das Urtheil auf den Sachwalter allein gerichtet werde. Dies geschiehet heut zu Tage nirgends. In einigen Gerichten werden die Anwälde nur mit genannt, z. E. In Sachen Anwalds des Herrn von ꝛc. Dies ist aber ganz etwas anderes, als wenn blos der Anwald genannt würde. Und am Ende wäre es doch nur ein Unterschied im Ausdrucke. II.) Daß nach der Einlassung auf die Klage der Gewaltgeber nicht nöthig habe zu erscheinen, auch ohne Bewilligung des Procurators nichts allein vornehmen dürfe. Allein heut zu Tage muß der Gewaltgeber, wenn er in Person gefordert wird, erscheinen, und kann auch ohne den Procurator das nöthige in der Sache vornehmen, wenn es nur mit der Erklährung geschiehet, daß dadurch die Vollmacht nicht widerrufen seyn solle. III.) Daß bey einer die Ehrlosigkeit nach sich ziehenden Klage weder der Procurator [dies ist wohl augenscheinlich] noch der Gewaltgeber ehrlos werde. Allein dadurch kann sich heut zu Tage niemand von der verdienten Strafe los machen. IV.) Daß der Gewaltgeber vor den Sachwalter Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils bestellen, und dann verlangen könne, daß er die Sache forrsese. Da aber heut zu Tage das Urtheil wider den Gewaltgeber vollstrecket wird, so ist von dieser Sicherheitsbestellung kein Gebrauch zu machen. V.) Daß die Nachlässigkeit und Ungehorsam des Sachwalters dem Gewaltgeber schade. Dies ist der Eigenschaft ei-

eines jeden Auftrages gemäs. Nur wird nach Beschaffenheit der Umstände leicht Wiedereinsezung in den vorigen Stand gestattet. VI.) Daß der Sachwalter sowohl die Klage aus der Stipulation als aus dem rechtskräftigen Urtheile sich eigen machte, selbige aber auch wider ihn angestellet wurden. Von dieser wiedersinnigen Strenge sind selbst die Römer in neueren Zeiten abgegangen. VII.) Daß der Procurator nach der Einlassung auf die Klage einen andren Bevollmächtigten an seine Stelle ernennen konnte. Hiervon weichen alle heutige Processordnungen und vorgeschriebene Vollmachten ab, welche entweder auf die Befugnis einen Afteranwald zu ernennen gerichtet sind, oder schon einen Afteranwald ernannt wissen wollen [§. 3.]. VIII.) Daß nicht anders, als nach untersuchter Sache eine Veränderung mit dem Sachwalter vorgenommen werden könne. Dies tritt zwar noch heut zu Tage ein. Nur scheinet es mehr deswegen beybehalten zu seyn, weil die anderweite Bevollmächtigung mit Schwierigkeit, Kosten und Aufenthalt der Sache verknüpft ist. IX.) Daß der Sachwalter des Klägers denselben auch in der Wiederklage zu vertheydigen schuldig sey. Wer aber zu der ganzen Sache bevollmächtiget ist, muß auch die davon nicht zu trennende Wiederklage ausführen. X.) Daß er den Rechtsstreit auf die Erben übertrug, wovon aber selbst die Römer in neueren Zeiten abgegangen sind. XI.) Daß der Sachwalter die Appellation einwenden und fort-

fortsezen müste. Die Einwendung muß er freylich auch noch jezo besorgen; die Fortsezung aber kann nicht anders, als durch einen bey dem Obergerichte angenommenen Sachwalter geschehen. XII.) Daß der Sachwalter auch nach dem Tode des Gewaltgebers die Sache fortsezen konnte. Wäre dieses angenommen, so hätte man sich vor dem jüngeren Reichsabschiede vergeblich mit der Wiederannehmung des Rechtsstreites geplaget, und ohne Noth so sorgfältig, um dieser überhoben zu seyn, verordnet, daß die Vollmacht mit auf die Erben oder Nachfolger im Amte gestellet werden solle. XIII.) Daß wenn mehrere Bevollmächtigte und zwar einer vor alle bestellet worden, derjenige welcher zuerst auf die Klage geantwortet hat, die übrigen ausschliese [§. 82. not. *r*)]. Allein bey uns wird nur ein Sachwalter ernannt, und die Zellische Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. 6. §. 13. verbiethet ausdrücklich mehr als einen zu ernennen, folglich kommt dieser Fall nicht vor; und dann flieset dieses mehr aus der Bestellung eines vor alle, als aus dem Eigenthume des Rechtsstreites. Wer mehrere Gründe und die Beweisstellen von der Unstatthaftigkeit dieser Würkungen des Eigenthums des Rechtsstreites zu lesen Zeit und Lust hat, muß Böhmern am angef. Orte nachlesen.

*a*) pr. I. de iis, per quos agere poss. (IV. 10.).

*b*) §. 5. I. qui & ex quib. caus. manum. non poss. (I. 6.), L. 13. D. de manum. vind. (XL. 2.), L. 34. C. de decur. (X. 31.).

c) L. 3. §. 11. D. de pecul. (XV. 1.).

d) c. 1. de proc. in 6.

e) Reichsabschied von 1507 Tit. 8. §. 6. Deput. Abschied von 1600. §. 73. Concept. I. 32. §. 9. 10.

f) Die Zellische Oberappellationsgerichtsordnung, die Calenbergische Canzley- und Hofgerichtsordnung enthalten nichts von diesem Eigenthume, und verordnen vieles, was ganz überflüssig wäre, wenn dies Eigenthum einträte.

g) STRYK Vs. mod. tit. de proc. §. 38. und die daselbst angeführte DD.

h) HEINECCIVS in Elem. Iur. ciu. sec. ord. Pand. §. 435. BOEHMER I. E. P. tit. de proc. §. 41.

## §. 87.

### Von der Pflicht der Sachwalter.

Ein jeder Procurator muß vor allen Dingen die Pflichten eines redlichen Mannes vor Augen haben, auch durch überflüssiges Fristbitten die Sachen nicht aufhalten *a*). Sonst ist das Amt eines Sachwalters von dem Amte des Fürsprechers darinn unterschieden, daß dieser die Gerechtsame seiner Parthey ausführet, jener aber die ihm zugeschickte Schriften im Gerichte übergiebet, die Bescheide annimmt, in Terminen auftritt, und die Vorträge nach erhaltenem Unterricht thut *b*). Daß sie sich nicht mit zu vielen Sachen überladen *c*), nicht ohne Unterschied bey anderen Gerichten Sachen übernehmen *d*), sich nicht mit anderen Aufträgen abgeben *e*), und ohne Urlaub nicht über 6 Wochen abwesend seyn sollen *f*), ist meistens von den Cammerger. Sach-

wal-

waltern zu verstehen. Von allen Sachen sollen sie ein richtiges Protocoll halten, worinn der Tag der übergebenen Schriften, und darauf erhaltene und zugestellten Bescheide, imgleichen was der Gegentheil darauf zu handeln hat, angezeichnet werden muß, welches am besten in Linien abgetheilet wird *g)*. Ehe sie die Schriften einreichen, müssen selbige sorgfältig gelesen, wenn sie weitläuftig sind, geheftet und dem Gerichtsgebrauche sowohl in Ansehung der Förmlichkeiten gemäs eingerichtet, als auch, wenn Anzüglichkeiten darinn enthalten, selbige ausgestrichen und ganz unleserlich gemachet werden. Eine jede Schrift müssen sie unterschreiben *h)*. Auch die Sachwalter sollen wissendlich keine böse Sache betreiben *i)*; am wenigsten sich zu Bestechungen bey Strafe der Entsezung von der Sachwalterschaft und nach Befinden der Ehrlosigkeit gebrauchen lassen *k)*. Auch sollen sie nicht einmahl die Referenten und die abgegebene Meynung der Gerichtspersonen und andere Geheimnisse des Gerichts auskundschaften, und wenn sie selbige ohnedem erfahren, bey sich behalten *l)*. Sie müssen sich zeitig und vollständig zu den Tagefahrten, und wegen Einwendung der Rechtsmittel vor Eröfnung der Urtheile von den Partheyen oder deren Fürsprechern unterrichten lassen *m)*. Die Ungehorsamsbeschuldigungen müssen sie, sobald der Gegentheil nicht eingekommen ist, einreichen *n)*; die ausgelassene Processe aber ohnweigerlich einlösen *o)*, und sind ihre Clienten schuldig, sie desfalls mit Vorschus zu versehen *p)*, widrigenfalls wird ihnen dazu, wie auch zu dem rückständigen Ehrengehalte und Vorschusse

auf ihr Ansuchen, mit bedingten Zahlungsbefehlen, und wenn keine rechtliche Einreden dawider vorgebracht werden, mit schleuniger gerichtlicher Hülfe an die Hand gegangen *q*). An den Gerichtstagen müssen sie sich einfinden *r*), jedoch nicht ohngefordert oder ohnangemeldet, in die Gerichtsstube treten *s*), auch die Expedienten in der Secretarienstube und Gerichtsregistratur nicht überfallen *t*). Den Gerichtspersonen müssen sie mit gebührender Achtung begegnen *v*). Wenn der Gewaltgeber verstorben ist, muß der Sachwalter den Tod, sobald er es erfähret, anzeigen, sich nach den Erben erkundigen, selbige genau benennen, und Erkundigung einziehen, ob sie den Rechtsstreit fortsezen wollen, auch die Entschliesung hierüber dem Gerichte ohnverzüglich eröfnen *x*). Ueber die ihnen angewiesene Belohnung dürfen sie die Partheyen nicht übersezen *y*); der armen Partheyen Sachen müssen sie aber vorerst, und bis dieselbe zu Vermögen gelangen, auf Verordnung des Gerichts, umsonst übernehmen, da denn diese Sachen soviel thunlich gleich unter sie vertheilet werden *z*). Diejenigen, welche sich unfleisig und ungeschikt bezeigen, werden, auf vorhergegangene Erinnerungen des Gerichts, wenn sie sich nicht besseren, ihrer Sachwalterschaft entsezet *aa*). Bey eben dieser Strafe ist den Cammerger. Sachwaltern befohlen, sich einander die Clienten nicht abspänstig zu machen *bb*). Am Ende der Sache, oder, wenn die Vollmacht aus rechtmäsigen Ursachen widerrufen ist, oder wenn es sonst vom Gewaltgeber verlanget wird, und der Sachwalter wegen seiner Forderung vergnüget ist, oder sogleich ver-

vergnüget werden soll, muß derselbe die Urkunden ohne Weigerung herausgeben *cc*). Die anvertraute Geheimnisse der Parthey muß er auch nach niedergelegter Anwaldtschaft nicht offenbahren *). Der Gewaltgeber hingegen ist verbunden, den Sachwalter schadlos zu halten, und von den Bürgschaften, die er etwa der Sachen halber geleistet haben mögte, zu befreyen *dd*). In den heutigen Vollmachten wird die Schadloshaltung ausdrücklich versprochen und mittelst der Hypothek versichert, welche als eine gerichtlich bestellte Hypothek anzusehen ist. Beyde, der Gewaltgeber und der Bevollmächtigte, haben die Klagen, welche aus dem Auftrage entspringen *ee*) [actio mandati directa und contraria]. Dem Gewaltgeber wird auch Ausdehnungsweise die Klage des rechtskräftigen Urtheils [actio rei iudicatae vtilis] gegeben; dahingegen soll wider ihn diese Klage nach römischen Rechten nicht schlechterdings Statt finden *ff*), allein dies verhält sich heut zu Tage anders, weil uns dasjenige schlechterdings zustehet, was durch unsere Bevollmächtigte erworben wird, und auch ohne Ausnahme davor haften müssen, was wider uns erkannt worden.

*a*) L. 77. 78 pr. D. de proc. L. 13. 21. C. mand. (IV. 35.) Die Verordnung des L. 8. §. 1. D. mand. I. contra (XVII. 1.) L. 9. D. de doli malt & metus except. (XLIV. 4.) daß, wenn mein Gegentheil durch Unterschleif meines Sachwalters gesieget hat, dieser nur mit der Klage aus dem Auftrage [act. mand.] belanget, der Gegentheil aber nur alsdenn besprochen werden soll, wenn der Sachwalter nicht bezahlen kann, findet heut zu Tage keine Anwendung. Gegen einen in Ey-

despflichten stehenden Sachwalter wird peinlich verfahren, und hier muß der peinliche Richter von Amtswegen vor die Entschädigung sorgen. Sollte es aber nicht auch bey jedem anderen nicht in Pflichten stehenden Sachwalter eine Prävarication oder Stellionat seyn?

*b*) Concept I. 31. 4. I. 36. pr. §. 1. u. f. imgl. I. 45. 7. u. f. Die Eydesformul siehe im Tit. 77. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung gegen das Ende des 1sten Theils.

*c*) Concept I. 31. §. 7. 8. Visitationsabschied von 1713. §. 9.

*d*) Concept am angef. Orte §. 11.

*e*) Daselbst §. 12. Visitationsabschied von 1713. Memorial den Advocaten und Procuratoren zuzustellen §. 9. 20.

*f*) Concept I. 32. 6. u. 7. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung I. 6. 5.

*g*) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung daselbst §. 7.

*h*) Daselbst §. 6. Gemeiner Bescheid n. 17. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 1.

*i*) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung am angef. Orte §. 2.

*k*) Visitationsabschied von 1713. Memorial den Advocaten und Procuratoren zuzustellen §. 12.

*l*) Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 13.

*m*) Zellischen Oberappellationsgerichts gemeiner Bescheid n. 12. Oberappellationsgerichtsordnung I. 6. 6. Concept l. 32. 5. Wenigstens muß der Sachwalter die Rechtsmittel einwenden. L. 17. C. de proc.

*n*) Obe appellationsgerichtsordnung am angef. Orte. Calenbergische Canzleyordn. Tit. 4. §. 15.

*o*) Concept l. 36. pr. §. 1. u. f. Tit. 37. §. 4. Visitationsabschied von 1713. §. 103. Zellische Oberappel-

appellationsgerichtsordnung I. 6. 7. Gemeiner Bescheid n. 10. 12.

p) Zellischen Oberappellationsger. gemeiner Bescheid n. 29. u. 38.

q) Visitationsabschied von 1713. §. 17. n. 20.

r) Concept l. 35. 1. u. f. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 6. 5.

s) Zellischer Oberappellationsger. gemeiner Bescheid n. 16. 31.

t) Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 14.

v) ibid. §. 11. Calenb. Hofgerichtsordnung Tit. 8. §. Insonderheit sollen.

x) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 6. 3. Concept III. 9. 4. Reichsabschied von 1654. §. 99. Calenbergische Canzleyord. Tit. 4. §. 6.

y) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 6. 10. Visitationsabschied von 1713 Memorial den Advocaten und Procuratoren zuzustellen §. 17. Das Handgeld [arrha] stehet in der Partheyen Belieben, und soll sich nicht über 1 Rthlr erstrecken nach der Calenbergischen Canzleyordnung Tit 4. §. 15 In der Hofgerichtsordnung Tit 8. §. Dieweil auch ꝛc. ist eine ziemliche: d h. billige Subarrhation erlaubet. Wo die Procuratoren einen Jahrgehalt bekommen, da dürfen sie vor Missive oder Correspondenz nichts ansezen.

z) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 6. 11. Concept l. 31. 10.

aa) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung l. 6. 12. Calenbergische Canzleyordnung Tit. 4. §. 24. Reichsabschied von 1654. §. 99. Reichshofrathsordnung Tit. 7. §. 16. 18.

bb) Visitationsabschied von 1713. §. 100.

cc) Siehe oben §. 73. die Note h).

*) L. 18. §. 8. D. de iure fisci.

*dd*) §. 3. 4. 5. I. de satisd. (IV. 11.).

*ee*) L. 46. D. de proc.

*ff*) L. 28. D. de proc.

## §. 88.

### Von der Aufhebung der Vollmacht.

Vor der Antwort auf die Klage stehet sowohl dem Gewaltgeber frey, den Auftrag zu widerrufen, als dem Sachwalter, selbigen auszuschlagen *a*). Nach der Antwort auf die Klage aber ist es sowenig dem Gewaltgeber, als wenig dem Sachwalter erlaubet, ohne erhebliche Ursache und ohne Einwilligung des Gerichts von dem einmahl geschlossenen Auftrage [mandato] wiederum abzugehen *b*). Die Bevollmächtigung ist häufig mit so vielen Schwierigkeiten verknüpfet, daß man den Partheyen so wenig, als den Sachwaltern eine jede willkührliche Aenderung gestatten kann, wenn gleich das Eigenthum des Rechtsstreites einer solchen Veränderung nicht mehr im Wege stehet. Die gesezlichen Ursachen, aus welchen sowohl dem Gewaltgeber als auch dem Sachwalter verstattet ist, von dem geschlossenen Auftrage abzugehen, sind folgende: 1) entstandene grose Feindschaft; 2) erhaltene Würden; 3) Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten *c*); 4) veränderte Gesundheitsumstände und nothwendige Reisen *d*); 5) hinzugekommene wichtige eigene Geschäfte *e*); 6) hohes Alter *f*); 7) Religionsangelegenheiten *g*); 8) wenn der Sachwalter sich verdächtig gemachet hat *h*); oder 9) sich in der Feinde Gewalt, oder 10) im Gefängnisse befindet *i*); 11) wegen eines

Ver-

Verbrechens angeklaget *k*); 12) verbannet oder flüchtig *l*); oder 13) dem Gegentheil während der Führung des Rechtsstreites verschwägert, oder dessen Erbe worden ist *m*); endlich aus anderen nicht unerheblichen dem richterlichen Ermessen zu überlassenden Ursachen *n*). Auserdem wird eine Vollmacht, so lange nähmlich die Einlassung auf die Klage noch nicht geschehen ist, durch die That selbst wieder aufgehoben; wenn über des Gewaltgebers Vermögen Concurs eröfnet ist, weil sodann der Güterpfleger alles besorget *o*); desgleichen wenn ein anderer Sachwalter bestellet wird. Wenn zu verschiedenen Zeiten zwey Bevollmächtigte bestellet werden, so wird davor gehalten, daß dem ersten verbothen worden, sich der Sache weiter zu unterziehen *p*). Stillschweigend aber wird die Vollmacht aufgehoben, wenn ein Bevollmächtigter nicht blos auf den Fall der Abwesenheit des Gewaltgebers, sondern im allgemeinen bestellet ist, nunmehro aber derselbe selbst erscheinet, und zwar nicht in der Absicht, um dem Sachwalter blos beyzutreten, sondern dergestalt, daß er die Sache selbst betreibet, nnd keine gegenseitige Vermuthung vorhanden ist, daß er den Auftrag hierdurch nicht aufgehoben haben wolle *q*). So kann auch der Sachwalter, welcher einen Afteranwald bestellet hat, diesen nicht widerrufen, woferne solches nicht ausdrücklich in seiner Vollmacht enthalten ist *r*). Durch den Tod sowohl des Gewaltgebers, als auch begreiflicher Weise des Sachwalters, erlischet die Vollmacht *s*). Nur alsdenn hebet der Tod des Gewaltgebers die Vollmacht nicht auf, wenn derselbe mit Bewilligung des

Sachwalters seinem Gegentheil Sicherheit wegen Erfüllung des Urtheils geleistet hat. Ist diese aber ohne des Sachwalters Vorbewust geleistet, so ist zwar der Gewaltgeber an die geleistete Sicherheit gebunden, aber der Sachwalter ist zur Fortsezung der Sache nicht gehalten *t*).

*a*) L. 17. zusammengehalten mit L. 25. pr. D. de proc.

*b*) L. 8. §. 3. L. 12. 13. 14. 15. 17. D. de proc. c. 1. 2. de proc. in 6. L. 22. C. ibid. Conc. l. 31. 9. 10. Zell. Oberappellationsgerichtsordn. l. 6. 2. Nach dem Concept l. 37. 8. sollen die Sachwalter, wenn sie Krankheits- oder anderer Ursachen willen ihre Sachwalterschaft überhaupt niederlegen wollen, solches der Regul nach 6 Monath vorher thun.

*c*) L. 6. §. 3. L. 21. D. de proc.

*d*) L. 9. 28. D. ibid.

*e*) L. 20. D. ibid.

*f*) L. 17. §. 2. D. ibid.

*g*) L. 18. D. ibid. daselbst heisset es religionis beneficium. S. Briss. de V. S. beneficium §. 2.

*h*) L. 26. D. de proc. wo derjenige verdächtig gehalten wird, welcher sich zugedrungen hat.

*i*) L. 19. D. ibid.

*k*) L. 20. D. ibid.

*l*) L. 21. D. ibid.

*m*) L. 22. D. ibid.

*n*) L. 13. 27. pr. D. ibid.

*o*) L. 14. D. de reb. aut. iud. possid. (XLII. 5.).

*p*) L. 31. pr. D. de proc.

*q*) L. 10. 11. 12. 13. 27. 64. 69. D. de proc. c. 8. de proc. in 6.

r) c 3. de proc. in 6.

s) §. 10. l. de mand. L. 15. D. L. 1. 23. C. de proc.

t) L. 8. §. 3. L. 15. pr. D. de proc.

v) c. 3. 4. 13. X. de procurat. Nach dem lezteren Capitel schadet die Widerrufung der Sache nicht, wenn selbige nach der Einlassung auf die Klage ohne Erlaubnis des Richters und Gegentheils geschehen ist.

---

# Zehntes Hauptstück

## von

# Notarien.

## §. 89.

### Begriff und Unterschied der Notarien.

Der Notarius a) ist eine vom Kayser, vom Pabst, oder von den Pfalzgrafen ernannte und beeydigte Person, welche mit zweyen zu sich genommenen glaubhaften Zeugen in einer nach der vorgeschriebenen Form errichteten Urkunde alle Sachen, wobey es auf den öffentlichen Glauben ankomt, gültig vornimt. Die Notarien, welche bey der Cammergerichtscanzley stehen, und wovon der erste Protonotarius heisset, sind eigentlich Secretarien, und folglich von denen Notarien unterschieden, von denen wir hier reden. Eben dies gilt auch von den sächsischen Gerichtsschreibern, in soferne sie Notarien seyn müssen.

a) Im

a) Im L. 40. pr. D. de testam. milit. (XXIX. 1.) ist Notarius und Privatschreiber [vielleicht ein Knecht] einerley. Mehr sind die Tabelliones oder Tabularii mit unseren heutigen Notarien in Verhältnis zu sezen, und werden im Kayser Maximil. Notariatsordnung pr. §. 15. also genannt; siehe BRISSON. de V. S. unter: Notarius, Tabellarius, Tabellio, Tabularius.

## §. 90.

### Wer Notarien zu ernennen die Befugnis hat.

Ursprünglich sind die Notarien vom Kayser *a*), oder Pabst *b*) ernannt. Erstere werden Notarii caesarei genannt; leztere heisen Notarii apostolici, und wann es arg wird, protonotarii apostolici. Auch die Bischöfe ernennen Notarien, jedoch nur so weit ihr Sprengel gehet, und diese heisen episcopales. Nachher haben die Kayser den Hof- oder Pfalzgrafen [comites Palatii Lateranensis] dieses Geschäfte überlassen. Die Fürsten von Schwarzburg, die Grafen von Ranzau, von Schönborn, Fürsten von Schwarzenberg, Grafen von Königseck, die Baronen von Ingelheim, haben die grose Comitiv [comitiuam maiorem], vermöge deren sie Wappenbriefe, Doctor- Magister- und Baccalauren-Diplome, nach vorgegangener Prüfung, ertheilen; in der Schwarzburgischen, Ranzauischen und Königseckischen Comitiv ist sogar das Recht Adelsbriefe zu verleyhen, in der Schwarzburgischen noch besonders: Ritter zu schlagen, Bürgerrecht des Reichs zu ertheilen, und von allen Abgaben zu befreyen, ausgedruckt. Dann folgen mehrere Befreyungen, welche aber jezo insgesamt

zur

zur Landeshoheit gehören. Endlich gehen alle diese grose Comitiven dahin, daß sie wiederum Pfalzgrafen ernennen können c). Auf einigen Universitäten ist, vermöge Kayserlicher Begnadigung, der jedesmahlige Prorector Pfalzgraf d). Indessen hat man, weil die Pfalzgrafen oft sehr untüchtige Leute zu Notarien machen, in mehreren Landen, nach dem Beyspiel des Cammergerichts, angefangen, die solchergestalt ernannte Notarien nicht anders zur Ausübung ihres Notariats zuzulassen, als wenn sie sich vorher bey einem angewiesenen Obergerichte stellen, ihre Diplom vorzeigen, Zeugnisse ihres Lebenswandels halber beybringen, in Ansehung ihrer Wissenschaft geprüfet, sodann beeydigt und in die Matricul eingetragen sind e). In dem Diplom wird dem Notarius zugleich ein öffentliches Siegel verliehen; dieses darf er ohne richterliche Erlaubnis nicht vor sich ändern, oder sich des Siegels eines anderen bedienen f).

a) Notariatsordn. pr. §. 16. Sie werden per pennam & calamarium [Feder und Dintenfas] belehnet, wie aus der Comitiv, welche Kayser Carl der IVte 1370. denen Bozullis ertheilet hat, [du FRESNE Glossar. unter Comes Palatii Lateranensis) erhellet; und ist dieses in den Comitiven bey Pfeffingern, wie auch in dem Kayserlichen Privilegium, welches bey Errichtung der Göttingischen Universität ertheilet ist, beybehalten. Es hat aber keinen Zweifel, daß nicht auch die Reichsverweser, ja ein jeder Reichsstand in seinen Landen, vermöge der Landeshoheit, Notarien bestellen könne.

b) van ESPEN in Iur. eccl. vniu. P. III. T. 7. §. 15. führet die eigenen Worte des Päbstlichen Auftrages an. Weil aber die Päbste zuweit giengen,

und

und die untüchtigsten Leute zu Notarien machten, so ist nach dem angeführten Schriftsteller § 12. in der 22ten Sizung des Tridentinischen Concilii c. 10. beschlossen, daß alle Notarien einer Prüfung unterworfen werden, und die untüchtigen ausgeschlossen seyn sollten. In den Niederlanden und in Frankreich werden diese in weltlichen Geschäften deswegen nicht zugelassen, weil man sich einfallen lies, diejenigen Sachen vor die geistliche Gerichte ziehen zu wollen, worüber von päbstlichen Notarien Urkunden verfertiget waren. van ESPEN l. c. §. 27. 28.

c) du FRESNE im Glossar. am angef. Orte PFEFFINGER im Vitriar. illustrato L. III. T. 2. §. 13. nota *d.* und §. 57. nota *l.* haben mehrere Comitiven angeführet, und lezterer behauptet mit Recht, daß selbige nach ihrem Inhalte strenge zu erklähren seyen, weil sie nicht einerley Inhalts sind. Gemeiniglich sind den Pfalz- und Hofgrafen folgende Befugnisse beygeleget, welche hier nicht undienlich zu bemerken sind: 1) Notarien durch das ganze Reich zu bestellen. 2) Dichter zu krönen, welches, nach dem jezigen Zustande der schönen Wissenschaften, wohl schwerlich oft geschehen mögte. 3) Uneheliche Kinder von aller Art zu legitimiren, jedoch nicht weiter als bürgerlichen und adelichen Standes, nicht vom Herrnstande. 4) Unehrliche Personen wieder ehrlich zu machen. 5) Minderjährigen die Volljährigkeit zu ertheilen, welches jedoch hier im Lande nicht anders als mit Vorwissen der Landesregierung gestattet wird. 6) Vormünder zu bestellen und wieder abzusezen, welches sich aber heut zu Tage die ordentliche Richter nicht nehmen lassen. 7) Annehmungen an Kindesstatt von aller Art. 8) Freylassungen aus väterlicher Gewalt und Dienstbarkeit vorzunehmen. 9) Bey Veräuserungen der Güther der minderjährigen, und 10) bey Verträgen über die Leibesnahrung nach untersuchter Sache die Einwilligung, auch 11) den minderjährigen, geistlichen Stiftungen und Gemeinden, wenn

wenn zuvor der Gegentheil gehöret worden, die Wiedereinsezung in den vorigen Stand zu ertheilen; allein da diese drey leztere Handlungen zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehören, so lassen sich die Gerichte selbige eben so wenig nehmen. Dem Altorfischen Procanzlar der Universität ist noch überdem, nach dem Pfeffinger, am lezt angeführten Orte, wo er das Diplom anführet, das Recht, Wappenbriefe zu ertheilen, beygeleget, welches sonst zu der großen Comitiv gerechnet zu werden pfleget.

*d*) Z. E. der hiesige Prorector. Siehe das angeführte Kayserliche Privilegium. Mehrere Universitäten führet MVLZ in der repraesentatione Maiest. imperat. P. II. c. 20. n. 166. seq. aber keine Beweise davon an.

*e*) Zellische Oberappellationsgerichtsordnung P. I. Tit. VII. Gemeiner Bescheid n. 1. Calenberg. Canzley gemeiner Bescheid n. 3. PVFENDORF introd. in proc. ciu. P. III. c. 8. §. 2. Hessische Notariatsordnung vom $\frac{10}{30}$ October 1744.

*f*) Notariatsordnung pr. §. 16.

## §. 90.

### Wer dazu ernannt werden kann.

Derjenige, welcher sich zum Notariat anmeldet, muß 1) kein im Kirchenbann, oder 2) in der Acht stehender; 3) kein ehrloser; 4) kein Ungläubiger und 5) überhaupt kein solcher Mensch seyn, der als Zeuge zu verwerfen wäre; denn er soll deren Stelle vertreten *a*). Er muß 6) niemand mit Leibeigenschaft zugethan seyn *b*). Dahingegen muß er die nöthige Wissenschaft besizen *c*), und muß daher über die Eigenschaft aller Notariatgeschäfte geprüfet und tüchtig befunden werden *d*).

Ist

Ist nun der sich meldende Candidat so beschaffen, so wird er beeydiget. Der Eyd in gedachtem Kayserlichen der Universität Göttingen verliehenen Privilegium lautet folgendermasen: daß er dem gegenwärtigen Kayser und Reiche, auch allen nachfolgenden rechtmäsig erwählten Kayserrn und römischen Königen treu, auch in keinem Rath seyn wolle, wo von deren Schaden gehandelt wird, vielmehr daß er das Wohl und Beste des Kayserrs und Reiches getreulich vertheydigen und befördern, Schaden aber nach Möglichkeit abwenden, nicht weniger alle Urkuuden, sie seyen öffentliche oder privat: Urkunden, lezte Willen, Testamente, Codicille, gerichtliche Handlungen, wie auch alles übrige, so er vermöge seines Amts zu schreiben haben würde, rechtmäsig, unbedingt, getreulich, nicht zum Scheine, ohne Hinterlist, Falschheit und Betrug, schreiben, lesen, errichten und hersagen, und sich davon weder durch Has, Geld, Geschenke, andere Leydenschaften oder Gunst, abhalten lassen; auch die Urkunden, welche in öffentlicher Form ausgefertiget werden sollen, nicht auf Pappier, sondern auf reines ungeschabtes Pergament nach jedeu Orts Gewohnheit getreulich schreiben, lesen, errichten und hersagen wollen. Endlich daß er die Sachen der Hospitalien, presshafter Personen, nicht weniger die Brücken und öffentliche Heerstrasen nach Möglichkeit beförderen *e*), Urtheile und Zeugenaussagen, bis sie den Partheyen eröfnet worden, verschwiegen halten, auch sonst alles übrige, so auf irgend eine Art von Recht oder Gewohnheits wegen zu seinem

Amte

Amte gehöret, tüchtig, rechtschaffen und offenbahrlich verrichten wolle.

*a*) Ordnung der Notarien pr. §. 2.

*b*) Eben daselbst. L. 3. C. de tab. scrib. logograph. & cens. (X. 69.) Derjenige Herr, welcher einem Knechte wissentlich das Notariatgeschäfte gestattet, soll das Eigenthum verlehren, und der Knecht dem Staate zufallen, dieser aber wegen dieses Misbrauches gezüchtiget werden. Von dieser Strafe ist heut zu Tage kein Gebrauch zu machen. Ein Leibeigener wird nicht angenommen, und hätte er das Diplom erschlichen, so kann es ihm wieder abgenommen werden.

*c*) Notariatsordnung pr. etliche ungeübt und unverständig §. 2. Personen so approbirt oder von neuen instruiret werden. Ingleichen Tit. 4. §. 2. Bey schwereren und zweifelhaften Fällen sollen sie sich bey Rechtsgelehrten und geübtern Raths erholen. das. §. 3.

*d*) In dem angeführten und übrigen Kayserlichen Privilegien heisst es: personis, quae fide dignae, habiles & idoneae fuerint [[super quo conscientiam eiusdem Prorectoris oneratam volumus]. Concept l. 52. 1. 11. 2. Ich kann mir nicht vorstellen, daß heut zu Tage beym Cammergericht die Prüfungen nach den 55 Fragen in Beyers Volckm. emend. P. I. Tit. 1. c. 14. im Gebrauch seyn solten. Das lustigste ist, daß die Antworten beygedruckt sind.

*e*) In der Brandenb. Onolzbach. Policeyordnung vom 1sten Septemb. 1746. Tit. 25. §. 3. ist allen einheimischen und durchreisenden Notarien anbefohlen, diejenigen, denen es oblieget, an der Besserung der Wege und Brücken, ihren obhabenden Pflichten gemäs, zu erinnern, oder davon an den Landesherrn zu berichten.

## §. 91.

### Geschäfte welche vor die Notarien gehören.

Der Notarius wird hauptsächlich gebraucht, die Handlungen und Willen der Menschen durch seine öffentliche Urkunde zu beglaubigen *a*). In dieser Betrachtung vertritt er die Stelle der Zeugen *b*), und wird ein Diener des gemeinen Nuzens genannt *c*), welches uneigentlich mit dem Geschäfte eines serui publici verglichen wird. Er muß alles nebst den erbethenen Zeugen mit eigenen Sinnen vermerken, und kein Geschäfte auf die Aussage eines dritten, er sey wer er wolle, als wahr und geschehen bezeugen *d*). Beym sehen und hören kann er bekräftigen, was er mit seinen eigenen Sinnen erfahren. Komt es aber auf Geruch, Gefühl oder Geschmack an, so soll er die Zeugen zuvor urtheilen lassen, deren Gutachten niederschreiben, und wenn er es eben so findet, sein Urtheil ebenfalls hinzufügen *e*). Von einem Stummen, der aber doch hören kann, muß er die Fragen und die Zeichen, das Winken und Achselzucken u. s. w. genau bemerken, wodurch er seinen Willen erkläret hat *f*). Jedoch Testamente darf er nicht anders aufnehmen, als wenn der Erblasser verständlich reden oder schreiben kann *g*). Er muß keine Handlung beglaubigen, welche Personen, die ihm unbekannt sind, aufrichten wollen, sondern wenn dieser Fall eintritt, müssen glaubhafte Zeugen zuvor diese unbekannte Personen zum Protocoll erkennen *h*). Gemeiniglich werden die Notarien gebrauchet: 1) Zu Verfertigung der Contracte. Hier im Lande müssen

sie

sie die Partheyen im Instrumente bey 6 Thlr. Strafe an der Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Bestätigung, wo es deren bedarf, erinnern *i*). Die Lehre von gültiger und vorsichtiger Schliesung der Verträge und Contracte ist in meiner Iprud. heuremat. in 2 Theilen vorgetragen. 2) Zu Testamenten, wovon der 1ste Titel der Notarienordnung hinreichende aus den gemeinen Rechten genommene Vorschriften giebet. S. auch den 3ten Theil des angeführten Werkes. 3) Zu Verkündigung der Kayserlichen und anderer Gerichtsbriefe, wovon das Concept l. 52. 4. und die Notariatsordnung Tit. 2. umständliche Vorschriften enthält *k*). 4) Vollmachten zu beglaubigen, wovon der 3te Titul daf. handelt. 5) Versiegelungen vorzunehmen [S. meine Iprud. extraiud. §. 122. u. f.] 6) Inventarien zu verfassen [daf.]. 7) Protestationen einzulegen, auch ausergerichtlich einem neuen Baue oder vorhabenden Niederreissung zu widersprechen [meine Einleitung in die summarische Processe S. 286.]. 8) Zahlungen, die nicht angenommen werden wollen, anzubiethen, und die Gelder zu versiegeln [Iprud. extraiud. §. 131]. 9) Mündliche Anträge zu thun, darüber oder auch auf überreichte Schreiben Erklährungen von einem zu verlangen und die Antwort niederzuschreiben. Eine solche Ankündigung vor Zeugen wird im L. 39. §. 2. und L. 40. pr. D. de V. S. detestatio genannt. 10) Urkunden zu vidimiren *l*) [ebendaselbst §. 73. 247. u. f.] 11) Besiz zu ergreifen [S. meine Einleitung in die summarische Processe S. 201.]. Dies sind jedoch im Hessischen und Hanauischen verbothene Handlungen. 12) Die

Angaben der Unterthanen bey Errichtung der Saal = Grund = Lager = Bücher niederzuschreiben. [Iprud. extraiud. §. 54.] 13) In eyligen Nothfällen Zeugen zu verhören *m*), oder auch auf Verlangen der Partheyen bey gerichtlichen Zeugenverhören nach abgestattetem besonderen Eyde das Protocoll nebst dem Richter zu führen *n*). 14) Bey Abnahme eines Acker = und Feldinventariums auch bey Feldbesichtigungen, wenn darüber kein Rechtsstreit im Gange, oder ihnen solches vom Richter aufgetragen ist, die Schäzer zu beeydigen, mit ihnen auf die Felder zu gehen, und die angegebenen Schäzungen aufzuschreiben. 15) Bey öffentlichen Versteigerungen, wiederum auf Verlangen der Eigenthümer oder des Richters, das Protocoll zu führen, und die ganze Auction gehörig zu besorgen *o*). So pflegen auch Unterrichter, welche keinen Gehülfen haben, die Einweisungen in Grundstücke einem Notarius aufzutragen. 16) Appellationsinstrumente zu errichten. (ordentl. Proc. §. 352. n. III.). Nie kann der Notarius in seiner eigenen Sache, oder in der Sache, worinn er als Fürsprecher, Anwald, Sollicitant, Vormund u. s. w. dienet oder gedienet hat, eine solche Handlung unternehmen *p*). Wohl aber kann er beyden Theilen über ihre verschiedene Behauptungen, der Wahrheit gemäs, dienen. Z. E. vor beyde Theile Besiz ergreifen; Zeugen abhören. Nur muß keine Gefährde der einen oder andern Parthey darunter vorgehen. Z. E. er wäre vom Cajus um 8 Uhr ersuchet, Besiz zu ergreifen. Dessen Gegner ersuchte ihn bald nachher, eben dies zu bewerkstelligen. Hier müste er es lez-

terem

terem abschlagen, und sich nicht einmahl merken ken lassen, daß er vom Cajus schon Auftrag habe, damit jener nicht den Vorsprung in der Besizergreifung gewinne. Daß der Notarius blos zu erlaubten Handlungen sich gebrauchen lassen müsse, flieset aus dem Eingange der Notarienordnung §. 15. und 24., folglich muß er z. E. bey unerlaubten Gewaltthaten sich nicht gebrauchen lassen. Bourgoing in seiner Reise durch Spanien Th. 1. S. 188. führet an, daß daselbst ein Notarius oder Procurator, welcher päbstliche Bullen wider die Concordate insinuire, am Leben u. mit Einziehung der Güter bestrafet werde. Die Notariat-Arreste sind ebenfalls widerrechtlich. Selbst die Ankündigung Nahmens eines Gläubigers Gelder oder Sachen zurückzubehalten, sind ohne Würkung, wenn nicht derjenige dem sie gehören, sowohl, als derjenige, der sie besizet, sich durch Versprechen desfalls verbindlich gemachet haben. Nur gehet *Vmmius* in Disp. ad Proc. 14. am Ende zu weit, wenn er die Zurückgabe der Schmähungen [retorsio iniuriarum] verwirft, und behauptet, der Notarius könne darüber keine Urkunde aufrichten. Desgleichen ist es übertrieben, wenn er Disp. 17. n. 12. am Ende behauptet, daß ein Notarius, welcher ein Laye ist, keine Urkunde über eine geistliche Sache errichten könne. Freylich wird man da, wo Päbstliche oder Bischöfliche Notarien zu haben sind, selbige vorzüglich darzu gebrauchen. In die Advocaten-Praxis darf sich kein Notarius mischen, es sey denn, daß eine unläugbahre Gerichtsobservanz solches gestatte.

a) Notariatsordnung pr.

b) Das. pr. §. 2. 10. Daher vertritt er bey Testamenten die Stelle des 7ten oder 8ten Zeugens, wo lezterer nöthig ist. Das. Tit. von Testamenten §. 2. 9.

c) Das. §. 15. Sie werden auch iudices ordinarii genannt. Siehe das Göttingische Universitätsprivilegium und alle übrige Comitive. Dies ist aber nur ein von den ehemahligen Pfalz- und Hofgrafen übrig gebliebener Ausdruck. Diese waren würkliche Richter.

d) Das. §. 6. Nov. 44.

e) Das. §. 8. Wenn es nur auf gemeinen Geschmack und Geruch, folglich auf ungeübte Sinne ankomt, so kann eine solche Handlung wohl vor Notarien und Zeugen vorgenommen werden. Komt es aber auf geübtere Sinne, oder gar auf Wissenschaft und Erfahrung an, so müssen statt gemeiner Zeugen solche Leute genommen werden, welche hinreichende Kenntnisse von der in Frage stehenden Sache haben. Z. E. Weinhändler oder geschickte Küper, Materialisten, Apotheker u. d. g. bey Kostung und Prüfung solcher Weine und Waaren, die sie führen und verstehen.

f) Das. §. 7.

g) Das. von Testamenten §. 4. u. 5.

h) van ESPEN l. c. §. 31. bezeuget dies von Flandern und weyland Frankreich. Allein es ist dies ein in dem Wesen der Sache gegründetes Erforderniß und nicht undeutlich im L. 21. §. 2. C. de testam. (VI. 23.) gegründet. Denn Sehen und Hören des Erblassers, ohne ihn zu kennen, ist thierisches Sehen und Hören. Die Nou. 73. c. 8. schreibet dies bey dem Contract eines im Schreiben und Lesen Unerfahrenen in den Worten vor: maxime autem testes non ignotos contrahentibus - - scierunt eum. Und im L. 22. §. 2. C. de iur. deliber. ist

ein

ein gleiches von der Unterschrift des Notarius geordnet.

i) Calenbergische Landesordnungen Th. II. S. 650. Nach der Hessischen Notariatsordnung vom $\frac{10}{30}$ Oct. 1744. §. 5. dürfen die Notarien keine Contracte, welche die Confirmation bey den Untergerichten fordern, errichten.

k) Die von dem gehörigen Richter ausgegangene und von einem Notarius überreichte Verfügungen müssen angenommen werden; Privatschreiben aber nicht ohnumgänglich: LEYSER spec. 269. med. 1.

l) de PVFENDORF Tom. II. Obs. 110. Struben Th. 5. Bed. 102. LEYSER sp. 270. med. 1-4. halten davor, daß Notariat-Vidimationen Zeugen erforderten, und dann doch nur halb bewiesen. Allein alles komt darauf an, ob die Abschrift von einem wahren Original genommen ist.

m) PVFENDORF Introd. in Proc. ciu. P. I. c. 4. §. 36.

n) Deputationsabschied von 1600. §. 129. Zellische Oberappellationsgerichtsord. II. 8. 23. 31.

o) S. die Taxordn der Notarien, Zeugen und Achtsleute im 2ten Theil der Calenbergischen Landesordnungen S. 598.

p) L. 10. D. L. 10. C. de test. L. f. de test. L. 5. 6. seq. C. de prob. Zellisch. Oberappellationsger. gem. Bescheid n. 13. Concept I. 52. 3. de PVFENDORF T. II. obs. 180.

## §. 91.

### Vom Protocoll der Notarien.

Von allen Notariatsgeschäften muß der Notarius den wesentlichen Inhalt jeder Urkunde d. h. die Verabredungen, Verzichten und andere

wesentliche Clausuln, selbst dasjenige, was sonst der Natur des Contracts gemäs wäre, in ein Protocoll, so von ihm selbst, und keinem anderen zu halten ist, und zwar stehenden Fuses, weder vor noch nachher, eintragen. Dies Protocoll muß er, wenn es gleich die Partheyen verlangen sollten, nicht ganz cassiren, sondern nur so ausstreichen, daß alles noch gelesen werden kann *a*). Wenn er selbst behindert wird, das Geschäfte in das Protocoll zu tragen, so muß er selbiges doch unterschreiben *b*), und das Protocoll vorlesen *c*). Daß aber auch mit Bewilligung der Partheyen nach vollendetem schriftlichen Contract nichts geändert werden dürfe *d*), oder ein neuer Vertrag und Urkunde gemacht werden müsse, dies wird wohl nirgends beobachtet. Wenn ihm die Partheyen einen schriftlichen Contract zur Beglaubigung übergeben, so ist selbiger ihnen in Gegenwart der Zeugen vorzulesen, und sodann dies und die Genehmigung ins Protocoll zu tragen *e*). Daferne einem Notarius sein Protocoll verlohren gienge, sollen ihm die Partheyen die ausgefertigten Urkunden zu dessen neuer Errichtung auszuliefern schuldig seyn, und falls diese nicht zu bekommen wären, die Zeugen, so bey dem Handel zugegen gewesen, vernommen werden *f*).

*a*) Notariatsordnung pr. §. 5. 6. 9. 10. 13.

*b*) Das. §. 8.

*c*) Das. §. 10. 11.

*d*) Das. §. 11. 12.

e) Das. §. 13.

f) Das. §. 20.

## §. 92.

### Form der Notariaturkunden.

Die Notariaturkunden müssen, der Regul nach, in der vorgeschriebenen Form verfasset werden. Diese bestehet in folgenden: 1) Mit der Anrufung des Nahmens Gottes wird der Anfang gemachet. 2) Die Jahrzahl und 3) Römer-Zinszahl [indictio] müssen ausgedruckt werden. Diese hat ihren Urspruna vom Kayser Constantin *a*), und begreifet einen Zeitraum von 15 Jahren. Sie wird auf zweyerley Art berechnet, die aber auf eins hinaus laufen. Entweder wird die Jahrzahl, vom 15ten Sept. des laufenden Jahres, oder wenn der noch nicht eingetreten ist, des vorigen Jahres genommen, mit 15 dividiret. Was übrig bleibet, dazu wird die Zahl 3 addiret, und was da herauskommt, ist die Römer-Zinszahl [indictio]. Die andere Art ist diese: zu der Jahrzahl wird die Zahl 3 addiret, sodann die Summa mit 15 dividiret, was über bleibt, ist die Römer-Zinszahl [indictio]. Bleibt nichts übrig, so ist die 15te Indiction zu sezen. Der Fehler in der Indiction schadet der Urkunde nicht. 4) Der Nahme des obersten Fürsten, d. h. des Kayserś; der volle Titul ist nicht vorgeschrieben *b*); wenn der Kayser gestorben und kein römischer König da ist, welcher sonst an dessen Stelle zu nennen wäre, so müssen die Reichsvicarien genannt werden. 5) Monath, Tag und Stunde; 6) Mahlstadt oder Ort mit dessen

sen genauester Bestimmung. 7) Die Ersuchung, ganz umständlich, allenfalls mit Einrückung des Ersuchungsschreibens. Hat sich der Notarius ohnersucht mit einem Geschäfte befangen, so wird er gestrafet *c*). Irrig verlanget Leyser spec. 269. med. 2., daß der Notarius jederzeit auf Verlangen Vollmacht vorzeigen müsse. 8) Der Inhalt der geschehenen Handlung; wobey 9) der dazu besonders erforderten Zeugen mit Vor- und Zunahmen auch Gewerbe Erwähnung geschehen muß; Einem Notarius ohne Zeugen wird kein völliger Glaube beygemessen *cc*). 10) Unterschrift und Untersiegelung mit dem Notariatsiegel. Die Untersiegelung mit dem eigenen Pettschaft des Notarius, wie auch die Unterschrift der Zeugen ist nicht vorgeschrieben, beydes geschiehet aber gemeiniglich *d*). Das Gebuth, daß die Notariatsurkunden auf Pergament und nicht auf Pappier geschrieben werden sollen, wird heut zu Tage nicht beobachtet *e*). Diese Form muß, wo nicht ein anderes hergebracht ist, beybehalten, doch allesmahl ohne Unterschied der Nahmen und das Regierungsjahr des Kayfers hinzugefüget werden *f*). So viel aber möglich, muß er die Instrumente eigenhändig schreiben, und wenn er ja daran verhindert würde, muß er diese Verhinderung bemerken *g*). In grosen Handelsstädten haben die Notarien zu den Wechselprotesten gedruckte Exemplare, welche sie nur ausfüllen. So viel möglich müssen die Notariatsurkunden ohne Auskrazungen, Rand- und Zwischenzusäze geschrieben, oder diese Aenderungen besonders auf dem Rande oder in der Unterschrift bemerket, und angeführet werden,

daß

daß solche ebenfalls dem Willen der Partheyen gemäs sind *h*). Er muß auf Verlangen der Partheyen, Erben und wer sonst in ihre Stelle tritt, ein und mehrmahl, gegen billige Belohnung, Instrumente ausfertigen, es wäre dann, daß er Doctor, Rathsherr, Münch oder ein Geistlicher worden wäre, alsdenn muß er aber doch sein Protocoll vorlegen. Wäre es aber ein dritter, der solches wegen seines habenden Interesse verlangte, oder entstünde sonst Bedenken, so muß er den bittenden Theil an den Richter weisen, und erwarten, daß ihm dieser die Auslieferung anbefehle *i*). Jedoch darf er aus dem Protocoll eines anderen Notarius kein Instrument ausfertigen, wenn er auch dessen Erbe wäre *k*). Alle Abkürzungen, dunkele zweifelhafte Worte, Ziffern und Zeichen sollen vermieden, und vielmehr alles mit gemeinen leserlichen und bekannten Buchstaben geschrieben werden *l*). Ohne Noth darf keine Notariathandlung bey Nacht, überall aber nicht heimlich unternommen werden *m*). In hiesigen Landen müssen die Notarien in ihren Instrumenten bey 2 Thlr. Strafe die gehörigen Abtheilungen auf dem Rande aussezen *n*). Eine solche mit dem Siegel in gehöriger Form ausgestellte Urkunde ist als eine öffentliche Urkunde zu betrachten, welcher ohne Anerkennung so lange völliger Glaube beyzumessen ist, bis das Gegentheil bewiesen worden *o*). Das Concept I. 52. 1. welches aus einer Verordnung Carl des 5ten vom 3ten August 1548. entstanden ist, verlanget das Zeugnis der Landesobrigkeit: daß der Notarius fidelis und legalis sey. Sonst wurden in Frankreich zwey Notarien gebrauchet.

Sie

Sie führen aber kein Siegel. Daher bezeugete der Richter, der aber eben so wenig ein gerichtliches Siegel unterdrücket, daß dieses angenommene Notarien seyen, deren Urkunden in und auser Gerichten Glauben beygeleget werde.

a) BRISS. de V. S. voce Indictio. BEYER VOLCKMANNVS emend. P. I. Tit. 2. c. 15. n. 14.

b) Diese beyde Erfordernisse nr. 3. u. 4. sind der Nou. 47. pr. c. 1. nachgebethet, und es ist Wunder, daß nicht auch die Consulaten beybehalten sind. Solchen Gebrauch machte man zu denen Zeiten vom römischen Rechte! Aber noch heutiges Tages wird öfters das Viereckigte auf das Runde gepasset. Es ist sehr unbequem, daß die Notarien den Zuschnitt ihrer Urkunden ganz nach der Ordnung, wie die Sachen in der Notariatordnung auf einander folgen, machen, wodurch Tag, Monath und Jahr nicht am Ende, sondern im Eingange, und auch da nicht an einem Orte zu stehen komt. Ich rathe daher vielmehr folgende Ordnung: 1) Anrufung des Nahmens Gottes; 2) die Ersuchung; 3) die Erforderung der Zeugen; 4) die Ausrichtung, so der Notarius der Ersuchung gemäs vorgenommen hat, auf das umständlichste; wobey 5) der Ort auf das genaueste bemerket werden muß; 6) Beschlus der Urkunde nebst Vermeldung der Unterschrift und Untersiegelung; 7) Ort, Tag, [und wo es auf Stunden ankomt, auch diese] Jahrzahl, Indiction, Nahmen des Kayserś ohne den vollständigen Titul.

c) Notariatsordnung §. 19.

cc) Nov. 1. c. 2. ibi: tabulariis solis -- non credimus.

d) Notariatsordnung pr. §. 3. Die Unterschrift und Untersiegelung der Zeugen ist nahmentlich befohlen, in dem Zellischen Oberappellationsgerichtsgem.

gem. Bescheid n. 30. Nur wenn keine Zeugen zu haben sind, welche schreiben können, soll solches im Instrument bemerket, und sodann blos das Handzeichen der Zeugen darunter gesezet werden.

*e*) Notariatsordnung §. 19.

*f*) Das. §. 4.

*g*) Das. §. 8. 13.

*h*) Das §. 18.

*i*) Das. §. 15. 23.

*k*) Das. §. 17. Jedoch kann der Richter selbiges nach untersuchter Sache auflegen c. 15. X. de fide instrum. (II. 22.).

*l*) Das. §. 19. Zell. O. A. G. gem. Besch. n. 30.

*m*) Das. §. 24. Daß alsdenn drey Lichter angezündet werden müssen, wie Beyer in VOLCKM. emend. behauptet und mehrere darüber anführet, ist grillenhaftig.

*n*) Zell. O. A. G. gem. Bescheid. n. 6.

*o*) arg. L. 11. C. qui pot. in pign. hab. (VIII. 18.), L. 2. C. de annali except. Nou. 73. c. 1. 2. Der Notarius und seine zwey Instrumentszeugen machen mehreren Glauben, als das Zeugnis dreyer privat-Leute.

## §. 93.

### Von der Würde und Belohnung der Notarien.

Die Notarien werden sowohl in den Kayserlichen Diplomen, als in dem Päbstlichen Auftragsschreiben beym van ESPEN a. angef. Orte iudices ordinarii genannt; allein von diesem Ausdrucke hänget weder in Ansehung der Würde noch der Geschäfte etwas ab. Sie haben weder

das

das Recht zu befehlen, noch streitige Sachen zu untersuchen, zu entscheiden, und zur Vollstreckung zu bringen. Im neueren Römischen Rechte wird ihnen das Ehrenwort: clarissimus beygeleget *a*). Die Belohnung der Notarien muß nach jeder Landes-Taxordnung eingerichtet werden *b*). Wo diese fehlet, da entscheidet das Herkommen, und wenn auch dieses mangelt, das richterliche Ermessen. Wer einem Notarius in seinen Amtsverrichtungen schimpflich begegnet, wenn dieser nicht selbst dazu offenbahren Anlas giebet, ist nachdrücklich zu bestrafen *c*).

*a*) L. 4. §. 2. C. de adu. diu. iud.

*b*) Taxordnung der Notarien, Zeugen und Achtsleute im 2ten Theil der Calenbergischen Landesordnungen S. 598. Die angeführte Hessische Notariatsordnung §. 6.

*c*) LEYSER spec. 269. med. 5.

## §. 94.

### Von den Verantwortungen der Notarien.

Ein Notarius, welcher in seinem Amte etwas versäumet, oder die Partheyen verführet, oder die von Testamenten vorgeschriebene Form nicht beobachtet, muß nicht allein allen Schaden ersezen, sondern er wird noch überhin gestrafet *a*). Wenn er sich geirret hat, und die Notariatsurkunde bereits den Partheyen ausgehändiget ist, so soll er nichts selbst ändern, sondern die Aenderung vor dem Richter geschehen *b*). Ein Notarius, welcher vorsäzliche Unrichtigkeiten begehet,

het, machet sich nicht allein des Verbrechens der Verfälschung sondern auch des Meineydes schuldig, muß seines Amtes mit Abnehmung des Diploms und Siegels entsezet, zur Haft und Inquisition gebracht, und nach der Gefährlichkeit und Wichtigkeit des Betruges gestrafet werden *c*). Begehet er auser seinem Amte Verbrechen, welche seine Glaubwürdigkeit mindern, so ist er nach vorhergegangener gerichtlichen Untersuchung durch Urtheil und Recht seines Amtes ebenfalls zu entsezen; nur der Pfalzgraf kann ihn seines Amtes nicht entsezen, woferne er nicht zugleich der gehörige Richter ist *d*). Die vorherigen von einem solchen Notarius verfertigten unverdächtigen Urkunden bleiben aber in ihren Kräften *e*). Eine Urkunde hingegen, die in einem Umstande falsch befunden ist, gilt auch in ihrem übrigen Inhalte nicht *f*).

*a*) Notariatsordnung pr. §. 1. 21. und Tit. I. von Testam. §. 12. ingleichen Tit. 4. §. 2.

*b*) Das. pr. §. 22.

*c*) L. 1. §. vlt. L. 32. D. ad L. Cornel. de falf. L. 12. C. de suscept. (X. 70.) art. 112. C. C. C. Reichsabschied von 1551. §. 80.

*d*) LEYSER spec. 269. med. 6.

*e*) Derselbe spec. 270. med. 6.

*f*) Derselbe am a. Orte med. 8. c. 17. C. 3. Qu. 9. L. 26. §. 2. D. depositi.

---

Vierter

# Vierter Abschnitt

## Eilftes Hauptstück

### von

## Bestimmung der Gerichtshändel, Ordnung der Sachen, [ordo causarum] und deren verschiedenen, die Hauptsache nicht betreffenden Gattungen [causae 1) praeparatoriae, 2) praeiudiciales, 3) incidentes, 4) connexae, 5) arbitrariae].

### §. 95.

### a) Von Sachen, die überall kein gerichtliches Verfahren gestatten; b) weswegen vorerst noch nicht geklaget werden kann.

Wenn nun, wie im bisherigen gezeiget worden, die Gerichtsbarkeit und streitende Theile, wie auch die Nebenpersonen sich in gehöriger Richtigkeit befinden, so ist es auch nöthig, darauf zu sehen, daß nicht Sachen zum Rechtsverfahren gezogen werden, welche nicht zu den gerichtlichen gehören. In der Einleitung in sämtliche summarische Processe [§. 2.] habe ich diejenige Sachen, welche überall keine gerichtliche Untersuchung leyden, gesamlet, und ich beziehe mich lediglich darauf. Wenn es nun aber auch ausgemachet ist, wie es denn die mehreste Zeit keinen Zweifel leydet, daß die vorkommende Sache zur gerichtlichen Untersuchung gehöre, so ist doch noch allemahl dahin sorgfältig zu sehen, daß unter verschiedenen zu erörternden Streitpuncten die gehörige Ordnung beob-

beobachtet werde. Es macht dieses den sogenannten ordinem causarum *a*) oder cognitionum *b*) aus. Mehrere Klagen sind so beschaffen, daß sie zwar zustehen, aber noch nicht angestellet werden können. Dies verstehet sich von denjenigen Klagen von selbst, welche durch eine nicht verbothene Bedingung, oder von einem gewissen Tage, welche noch nicht eingetreten sind, abhängen. Von anderen hierher gehörigen Fällen, will ich nur die beträchtlichsten anführen. 1) Aus Contracten, wobey eine Aufkündigung nöthig ist, kann nicht anders geklaget werden, als wenn die Loskündigung vorher geschehen ist *c*), und kaum lässet sich dahin klagen, daß Beklagter verurtheilet werde, nach Verfliesung der Loskündigungszeit z. E. das Capital und Zinsen bey Vermeydung der Execution zu bezahlen, — die Pacht liegen zu lassen. Hat aber der andere Theil den Contract nicht erfüllet, oder es treten sonst ohnumgängliche Ursachen ein, welche die Klage nothwendig machen, so kann auch ohne Loskündigung geklaget werden *d*). 2) Aus dem Pfandcontract kann nicht ehender geklaget werden, als bis der Pfandschilling abgetragen *e*), oder bey verzögerter Annahme des Capitals, selbiges gerichtlich niedergeleget worden *f*), worüber aber der Gläubiger allemahl vorher zu hören ist. Wenn gleich der Gläubiger noch andere schlechte Forderungen hat, und dieser desfalls das Unterpfand zurück behalten kann *g*), so hindert dieses die Klage vorerst nicht, sondern es kommt darauf an, ob der Gläubiger sich seiner Befugnis bedienet, und sein Zurückbehaltungsrecht vorschützet. Der Richter kann hierauf nicht von Amtswegen erkennen,

ohne dasjenige fehlerhaft zu ergänzen, was blos den besonderen Vortheil einer Parthey angehet; d. h. ohne partheyisch zu seyn. Dies gilt 3) von allen übrigen Fällen, wo ein Zurückbehaltungsrecht eintritt. 4) Aus denen Contracten, welche zwey wechselseitige Hauptverbindlichkeiten haben [contractus bilaterales], wenn sie gleich mit einem Eyde bestätiget sind, kann nicht ehender geklaget werden, als wenn von des Klägers Seite dem Contract ein Genügen geleistet ist *h*), oder falls der Beklagte widerrechtlich verzögerte, selbige anzunehmen, diese Erfüllung in der That angeboten wird, weil nichts natürlicher ist, als daß derjenige zuerst der Verabredung ein Genügen geleistet haben muß, welcher den andern zur Erfüllung anhalten will. Dies betrift also die Befugnis zu klagen, und muß, wenn Kläger nicht schon in der Klage soviel angeführet hat, als zur Erfüllung gehöret, von Amtswegen darauf erkannt werden. Der Beweis der Erfüllung des Contracts brauchet im ordentlichen Proceß nicht sogleich nebst der Klage beygebracht zu werden, sondern es ist hierüber die Antwort des Beklagten abzuwarten, und wenn er die vom Kläger angeführte Erfüllung läugnet, und die Einrede des nicht erfüllten Contracts entgegen sezet, so muß der Kläger, ehe der Beklagte in der Hauptsache sich einzulassen schuldig ist, die Erfüllung beweisen. Anders verhält es sich mit der Einrede des nicht gezahlten Geldes. Auf diese darf der Richter nicht von Amtswegen erkennen, selbst den executiv-Proceß aus dieser Ursache nicht abschlägen, sondern muß erwarten, ob diese Einrede entgegen gesezet wird,

wird, da denn der Kläger im executiv-Proceß ſofort die Auszahlung beweiſen oder gewärtigen muß, daß die Sache blos im ordentlichen Proceß fortgeſezet werde [ſummariſche Proceſſe S. 183. Note f]. 5) Wenn zwey Leute wechſelſeitige Forderungen haben, die auf Abrechnung beruhen, Miterben die ſich wegen der Erbſchaft zu berechnen haben, ſo kann keiner einzelne Poſten herausziehen und darauf klagen, ſondern es muß erſt Abrechnung und reſpective Theilung vorgenommen werden. 6) Ein Pächter welchem der Pachtcontract nicht ausgehalten wird, kann zwar gleich klagen, muß aber das jährliche Intereſſe erſt am Ende jeden Pachtjahres erhalten, weil Misjahre eintreten können, welche ſeinen Profit zu Waſſer machen. Wäre der Verpächter vollends ein unbeerbter Lehnmann oder Niesbraucher, und hätte Pächter dieſe Qualität gewuſt, ſo muß um ſo mehr die würkliche Entſchädigung bis zum geendigten Jahre ausgeſezet werden, weil, wenn der Verpächter ſtürbe, alle Entſchädigung wegfallen würde. L. 24. §. 4. D. locati ſtehet dieſem nicht entgegen, weil da nur von dem Klagerecht überhaupt, und von dem nachherigen Anerbiethen des Verpächters die Rede iſt. Ferner 7) eine geſchwächte Perſon kann nicht ehender auf die Ernährung ihres unehelichen Kindes klagen, als bis ſie gebohren hat. Auf die Ehe aber kann ſie klagen, ohne die Niederkunft abzuwarten. 8) Die Erbſchaftsklagen können nicht ehender angeſtellet werden, als bis der Tod des Erblaſſers, wenn ſelbiger nicht allgemein bekannt iſt, bewieſen worden. 9) Wider den eingeſezten oder geſezlichen

Erben kann, so lange die Ueberlegungszeit dauret, und überhaupt so lange die Erbschaft nicht angetreten ist, keine Klage angestellet werden *i*). Ist aber die Erbschaftsklage bereits angestellet, und hierinn der Krieg Rechtens bevestiget, so können einzelne Stücke eingeklaget werden *k*). 10) Wieder einen Minderjährigen, aus dem Mangel seines persönlichen Standes auf die Erbschaft zu klagen, ist vor seinem 14ten Jahre alsdann von keinem Nuzen, wenn nicht sofort dessen Inhabilität gezeiget werden kann, weil er sonst sich nur auf das carbonianische Edict beziehen darf, um die Klage bis dahin zu sistiren. 11) Wenn von den Lehns-Agnaten einem Sohne der Vorwurf der unächten Geburt gemachet wird, der vom Vater vor seinen ehelichen Sohn gehalten ist, kann füglich nicht ehender, als bis der Vater gestorben ist, die actio praeiud. negatiua de statu filiationis legitimae angestellet werden. Diese Fälle mögen genug seyn, um den Richter und Fürsprecher aufmerksam darauf zu machen, ob eine Klage schon jezo angebracht werden könne.

*a*) t. t. C. [de ord. iud. (III. 8.)].

*b*) t. t. X. de ord. cognit. (II. 10.) t. t. C. de ord. cognit. (VII. 19.) CICERO in partit. c. 28. de invent. L. 2. c. 19. Libri Rhet. ad HERENN. L. 1. c. 12. sagt: Ex translatione controuersia nascitur, cum aut tempus differendum, aut accusatorem mutandum, aut iudices mutandos reus dicit. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis [in der Hauptsache] nos in iure ciuili [so lange der Prätor die Sache untersuchte, und alle vorläufige Puncte soweit berichtigte, daß es nur noch auf die Thatumstände in der Hauptsache selbst ankam, welche

dem pedaniſchen Richter zu unterſuchen mittelſt der vorgeſchriebenen Formul aufgetragen wurde] plerumque vtimur.

c) Juſtizreglement von 1718. §. 5. Dieſe abgeredete Loskündigung iſt nichts anders als ein pactum de non petendo in diem.

d) MEVIVS P. I. Dec. 73.

e) §. vlt. I. quib. mod. re contrah. obl. (III. 15.). L. 1. §. 6. D. de O. & A. (XLIV. 7.), L. 9. §. 3. L. 11. §. 5. L. 24. §. 1. L. 33. D. de pignor. act. (XIII. 7.).

f) L. 9. §. vlt. L. 20. §. 2. D. ibid. MEV. P. VI. Dec. 121.

g) L. vn. C. etiam ob chirograph. pec. pignus re tineri poſſe (VIII. 27.).

h) L. 3. C. de rer. permut. (IV. 64.) L. 2. §. 1. L. 13. 25. 50. D. de act. emt. (XIX. 1.) c. 3. c. 29. §. 1. X. de iureiur. (II. 24.)

i) L. f. §. 11. C. de iure delib. (VI, 30.) L. 5. C. de hereditar. act. (IV. 16.).

k) L. 13. D. de except. (XLIV. 1.), L. fin. §. 1. C. de petit. hered. (III. 31.), L. 4. §. 1. D. ſi cui plus, quam per L. Falcid. (XXXV. 3.). L. 6. §. 2. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. (XLII. 4.).

## §. 96.

### Von vorbereitenden Geſuchen [cauſae praeparatoriae] und zwar

### a) in Anſehung der Gerichtsbarkeit.

Oft kann die Hauptſache noch nicht zur gerichtlichen Unterſuchung gezogen, ſondern es müſſen vorbereitende Geſuche erörtert werden. Dieſe betreffen entweder die Gerichtsbarkeit, oder die ſtreitenden Theile, oder die Sache ſelbſt.

Von allen vorbereitenden Gesuchen ist zu merken, daß sie summarisch sind, und wegen des Zusammenhanges mit der Hauptsache, bey demselben Richter, wo diese angebracht werden muste, der Regul nach vorzutragen, und zu erörteren sind *). Zu den ersteren gehöret 1) der Fall, wenn der Beklagte entweder aus einer Befreyung *a*) oder Verabredung die Wahl hat, sich einen Gerichtsstand zu wählen, weswegen er sich gleichwohl in Güte nicht erkläret, folglich der künftige Kläger bey einem derer Gerichte, wovon der Beklagte eins zu wählen hat, einkommen und bitten muß, dem Beklagten die Wahl eines Gerichtsstandes binnen einer kurzen Frist unter der Verwarnung aufzulegen, daß widrigenfalls die Sache bey diesem Gerichte angenommen werden solle. Ist durch einen Vertrag beliebet, daß ein Contrahent an dem einen oder anderen Orte Zahlung leisten könne, so kann er an einem dieser Oerter bezahlen, wo er will. Lässet er sich aber einen Verzug zu Schulden kommen, so hat der andere Theil die Wahl, an welchem Orte er das seinige einklagen will *b*). Soll dies geschehen, so muß der Verzug bescheiniget, und auf diese Weise die Gerichtsbarkeit in derselben Klageschrift vor oder nach vorgetragener Klage begründet werden. Ist einem ins Land gezogenen Unterthanen die Wahl gelassen, sich einen Gerichtsstand zu wählen, und er wählet nicht, so muß man sich beym Landesherrn oder dessen nachgesezten Regierung melden, und bitten, ihn zu der Wahl anzuhalten, oder ihm einen Gerichtsstand zu bestimmen. Eben dieses muß geschehen, wenn es bey einem Beklagten überhaupt

an

an einem Gerichtsstande fehlet c), und dann ist ein solches Gesuch keine Justiz- sondern eine Regierungssache, weil hier der Landesherr oder seine nachgesezte Landesregierung, als die Quelle aller Gerichtsbarkeit, angegangen wird, einem Unterthanen einen Gerichtsstand anzuweisen, welcher bis dahin nirgend hin gehöret. 2) Wenn wider einen Reichsstand geklaget werden soll, welchem die Austrägal-Instanz competiret, so muß Kläger um Bestimmung der Austrägen antragen, und daß dies gehörig geschehen sey, bescheinigen. Wenn aber die Erklährung binnen 4 Wochen nicht erfolget, so wird die Sache beym CGer. vorgebracht und angenommen d). Unterweilen ist in Verträgen eine schiedesrichterliche Entscheidung verabredet, jedoch die Schiedesrichter noch nicht ernannt, und der Beklagte verweigert oder verschiebet deren Erwählung. Alsdenn muß derselbe bey dem ordentlichen Richter dahin belanget werden, daß er Schiedesrichter von seiner Seite ernenne, unter der Verwarnung, daß widrigenfalls selbige vom Kläger vorgeschlagen, und vom Richter, an Beklagtens Statt, welche ernannt werden würden. 3) Wenn über die Gerichtsbarkeit unter mehreren Gerichten Streit erwachsen, und noch keins rechtskräftig in dem Besize der Gerichtsbarkeit geschüzet, auch desfalls vom Obergerichte noch keine einstweilige Verfügung getroffen ist, [denn wenn eins oder das andere geschehen ist, so wendet man sich schlechterdings an den Richter, welcher in dem Besize geschüzet ist] e), so muß man sich nothwendig an das nächste Obergerichte wenden, und bitten, bey diesem Mangel eines Unterrichters entweder die Sache selbst anzu-

nehmen, oder wenn dem Kläger damit mehr gedienet ist, eine einstweilige Verfügung unter den streitenden Richtern, mit Vorbehalt ihres Rechts, zu treffen, [dies wird auch sequestratio Iurisdictionis genannt] oder eine Commission zur ganzen Sache zu erkennen. Noch verwickelter ist der Fall, wenn Mengedörfer, das heist solche, welche zwey oder mehrere Landesherrn haben, vorkommen, und nun Streit entstehet, wohin das eine oder andere Guth oder Unterthan gehöre. Hier kann der Oberrichter des einen Landes nicht helfen, sondern man würde, wenn es nur Reichsstände sind, sich an die höchste Reichsgerichte wenden müssen. Weil dies aber zu kostbahr und langweilig ist, so könnte man die verschiedene streitende Landesherrn bitten, eine gemeinschaftliche Commission, mit Vorbehalt ihres Rechts, zu ernennen. Soll eine solche Gemeinde, die mehrere Gerichtsherrn hat, belanget werden, so muß dies vor dem Samtgerichte geschehen, nicht vor dem Gerichtshalter des einen Landes- oder Gerichtsherrn. Oft werden alle Gerichtssachen vor den verschiedenen Gerichtshaltern vermöge besonderer Verträge gemeinschaftlich untersuchet und entschieden, worüber die Receße das nähere ergeben müssen. Unter den herrschaftlichen Aemtern eben des Landesherrn, sollte ein jeder Jurisdictions-Streit gar nicht gerichtlich sondern durch ein landesherrliches Rescript abgethan werden. Auf eben die Art muß zu Werke gegangen werden, wenn es aus anderen Ursachen an dem ordentlichen Richter mangelt. Allemahl ist die Gerichtsbarkeit des nächsten Oberrichters gegründet, wenn es ganz oder vorjezo an dem ordentlichen

lichen Richter fehlet *f*). Es gehören also aus eben dem Gesichtspunete weiter folgende Fälle hierher: Wenn 4) ein Amt nicht besezet ist, und über dessen Besezung Streit entstehet, oder sonst ein Gerichtsstillstand, welcher sich nicht bald heben lässet, vorhanden ist. Ist über die Besezung kein Streit, so dürfte man nur denjenigen, der es zu besezen hat, um baldige beständige oder einstweilige Besezung bitten. In hiesigen Landen ist die einstweilige Verwaltung der königlichen Aemter durch Verordnung bestimmt und festgesezet *g*). 5) Wenn der Kläger den ordentlichen Richter wegen eines denselben treffenden Verdachts übergehen will, und sich desfalls an den nächsten Oberrichter wendet [§. 46.]. 6) Auch wenn eine Sache als unzertrennlich verbunden mit einer anderen bey einem Oberrichter, vor den selbige sonst nicht gehören würde, angebracht werden soll [§. 101.]. 7) Wenn mitleydswürdige Personen sich an die Obergerichte wenden [§. 41.]. In den fünf leztern Fällen kann die Hauptklage zugleich mit vorgebracht werden. Nur muß diese und das vorbereitende Gesuch nicht durch einander geworfen werden.

*) de LEYSER Spec. 122. Med. 1. BERGER oecon. Iur. IV. 4. 2. 10.

g) Dergleichen Befreyung haben die Herzoge von Pommern l. P. O art. 10. §. 12. woselbst 3 Monath zur Wahl bestimmet sind, imgleichen die Herzoge von Braunschweig nach dem Freybriefe Kayser Ferdinands III. beym de LVDOLF im corp. Iur. cam. im catologo priuilegior. p. 95. und hinter der herzogl. Braunschw. Canzley- und Hof-Ger. Ordn.

*b*) L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. (XIII. 4.)

*c*) L. 13. §. 4. D. ad Sct. Trebell. (XXXVI. 1.) c. 10. de Off. & Pot. iud. del. in 6.

*d*) Conc. II. 2. 1. Conc. II. 8. 11. u. 12. Dies ist in der Sache derer von Ditfurt wider den Herrn Landgrafen von Hessen-Cassel geschehen.

*e*) Reichsabschied von 1512. §. 12. Deputationsabschied von 1600. §. 26. Concept II. 1. 2. Dubia cameralia von 1595. Dub. 7. und deren Resolution unter eben der Zahl. MEVIUS P. II. Dec. 114.

*f*) arg. c. 10. X. de foro compet. (II. 2.) Ich führe dies Capitel nur als Argument an, weil hier der geistliche Richter eintreten soll, welches nach der Hierarchie riechet. Ja es gehet CLEMENS V in der Clem. postoralis de sent. & re iud. so weit, daß er saget: Nos tam ex superioritate, quam *ad* imperium non est dubium nos habere, quam ex potestate, in qua, vacante imperio, Imperatori succedimus, et *nihilominus* ex *illius* plenitudine potestatis, quam Christus, Rex Regum, & Dominus Dominantium nobis, licet *immeritis*, in persona B. Petri concessit, etc. MEVIUS P. I. Dec. 11. 215. 217. 238. Zellische Oberappellationsgerichtsordnung P. II. Tit. 1. §. 9.

*g*) Calenb. Land. Ord. Th. IV. c. 5. n. 17. 18. S. 65.-67.

## §. 97.

### Von den vorbereitenden Gesuchen,

### b) in Ansehung der streitenden Theile.

Oft kann eine Sache noch nicht in den Rechtsgang gezogen werden, weil es den streitenden Theilen an der Fähigkeit, gerichtliche Sachen zu betreiben, ermangelt. Hierher gehören folgende Fälle: 1) Wenn der Beklagte minderjährig und noch nicht bevormundet ist *a*). Wenn die Klage

bey

bey demselben Richter, welcher die Vormundschaft zu bestellen hat, angebracht wird, so kann zugleich um Bevormundung vor der Behändigung der Ladung gebethen werden. Wäre aber wider canzleysässige Minderjährige eine dingliche Klage oder ein possessorisches Rechtsmittel in dem Gericht der belegenen Sache anzustellen, so muß entweder vor allen Dingen bey der Canzley um Bevormundung, oder bey dem Richter der Hauptsacht um fordersamste Bestellung eines Pflegers zu dieser Rechtssache gebethen werden, damit selbigem die ausgewürkte gerichtliche Verordnung insinuiret werden könne. 2) Wenn die nächsten Verwandten vor einen Abwesenden oder Unsinnigen klagen wollen, und noch nicht als Pfleger bestellet sind. 3) Wenn ein Abwesender belanget werden soll, demselben aber noch kein Pfleger bestellet ist *b*). Auch hier muß diese Bestellung vor allen Dingen geschehen, weil sonst niemand da ist, welchem die Ladung insinuiret werden kann. 4) Der Leibeigene muß nach mehreren Eigenthumsordnungen die Einwilligung seines Gutsherrn zu Betreibung einer gerichtlichen Sache, zu erhalten suchen, damit er sich nicht durch unnüze Processe zu Grunde richte. Wenn diese in Güte nicht erfolget, so ist desfalls ein vorläufiges Gesuch nöthig. Im Gothaischen müssen Gemeinden, ehe sie sich in einen Proceß begeben, die Einwilligung der Obern suchen. 5) Wenn ein Minderjähriger auf Theilung klagen will, so muß er vorläufig den Richter als Obervormund mit Anführung der Nothwendigkeit, wenigstens des besonderen Vortheils, darum bitten, daß ihm nach untersuchter Sache hierzu gerichtliche

Ein-

Einwilligung ertheilet werde *c*). 6) Wenn eine Erbschaft in gerichtlichen Beschlag [sequestrum] genommen, der Erbschaftsverwalter [sequester] aber nicht zu gerichtlichen Handlungen autorisiret ist, und entweder dieser eine eylige Klage anzustellen hat, oder auch von jemand belanget werden soll, so ist vorläufig zu bitten, den Verwalter der Erbschaft oder einen andern, als Pfleger der Rechtssache, zu bestellen (§. 82. Nota *a*). Eben so ist 7) zu verfahren, wenn sich die Antretung der Erbschaft oder auch nur die Erbschaftsklage sehr verzögert *d*), desgleichen 8) wenn mehrere Miterben sich um den Besiz der Erbschaft streiten, dieser Streit aber unentschieden und weit aussehend ist, der Kläger gleichwohl bis auf den Ausgang der Sache nicht warten will. In diesen Fällen n. 6. 7. 8. muß die Bestellung eines Rechtspflegers immer vor Ausfertigung der Ladung geschehen, um selbigem hernach solche insinuiren zu können. Ist hingegen einer im Besize geschüzet, so werden die Klagen wider den Besizer angestellet *e*). Nur wenn eine Wittwe blos wegen ihres Eingebrachten das Zurückbehaltungsrecht ausübet, und dabey obrigkeitlich geschüzet ist, so kann diese nicht belanget, sondern es muß vom Kläger um Bestellung eines Rechtspflegers gebethen werden; weil sie weder pro herede, noch pro possessore besizet, sondern nudam custodiam hat. Nur die Execution kann wider sie nicht weiter verfüget werden, als es die Sicherheit ihres Eingebrachten leydet. 9) Wenn mehrere zu einem Vermächtnis oder Fideicommiß gehören, gleichwohl nur einige klagen, so muß erst vorläufig ausgemachet werden, ob die übrigen der

Sache

Sache nicht beytreten wollen *f*). 10) In der Folge des Processes muß alsdann mit der Hauptsache stille gestanden und erst die Wiederannehmung des Rechtsstreites entweder würklich geschehen, oder bey bekannten und volljährigen Erben, im Falle des Ungehorsams, vor geschehen angenommen werden, wenn I) durch einen Fehler die Vollmacht nicht auf die Erben gestellet; oder II) ein dritter in die Stelle des vorigen tritt, welcher nicht sein Erbe ist, sondern aus einem titulo singulari die Sache fortsezet *g*) z. E. der Curator des Concurses.

*a*) L. 5. D. de reb. aut. iud. poss. (XLII. 5.) L. 5. §. 1. D. de Carb. Ed. (XXXVII. 10.) L. 2. §. 3. D. qui pet. tut. (XXVI. 6.) L. 1. 4. 7. C. qui pet. tut. (V. 31.).

*b*) L. 6. §. 2. L. 8. D. quib. ex causs. in poss. eatur. (XLII. 4.) L. 9. C. de bon. aut. iud. possid. & auth. & qui iurat. ibid. (VII. 72.) L. 21. §. 2. D. ex quib. caus. maiores.

*c*) L. 17. C. de praed. & al. reb. min. (V. 71.) Vom Vater S. L. 8. §. 4. u. f. C. de bonis quae lib. (VI. 68.).

*d*) L. 3. D. de curat. fur. (XXVII. 10.) L. 9. 22. §. 14. C. de iure delib. (VI. 30.) MEVIVS P. 5. Dec. 353. L. 26. 27. D. de iud. (V. 1.) L. 5. §. 1. D. vt legat. I. fideic. seruand. causa cav. (XXXVI. 3.) L. 4. pr. D. de reb. aut. iud. poss. (XLII. 5.) L. 8. 9. §. 1. D. quib. ex caus. in poss. eat. (XLII. 4.) GAIL. L. 2. Obs. 130. Wenn einer eine in seiner Gewalt stehende Bedingung nicht erfüllet, so kann ihm der Richter eine Zeit zur Erbschaftsantretung bestimmen L. 23. §. 1. D. de hered. inst. (XXVIII. 5.) oder wenn die Bedingung nicht in seiner Gewalt stünde, so kann der Richter auf Ansuchen der Gläubiger verordnen, daß wenn die Erbschaft binnen einer gewissen

sen Zeit nicht anfallen würde, sodann die andringende Gläubiger in die Güter eingewiesen und deren Verkauf verfüget werden solle. L. 23. §. 2. 3. ibid.

e) L. 1. §. 36. 37. L. 14. pr. D. depositi. L. f. §. 1. C. de petit. hered. (III. 31.) MEVIVS P. VI. Dec. 326 will, daß alsdenn bis zu ausgemachter Erbschaftsklage gewartet werden solle, wenn der belangte Erbe andere Einreden als der Besizer haben sollte; allein entweder können diese beyde einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, oder es wird ein Pfleger der erbschaftlichen Rechtsstreitigkeiten ernannt. Nach dem L. 13 D. de except. können einzelne Stücke der Erbschaft eingeklaget werden, sobald auf die Erbschaftsklage geantwortet ist, ohne auf deren Ausgang zu warten. Es sezet dies also voraus, daß der Beklagte im Besize der Erbschaft sey.

f) L. 25. de Leg. II.

g) RA. von 1654. §. 99. SCHWENDEND. ad Fibig. c. II. n. 378. RIV. Enunc. P. I. Tit. 17. En. 10. BERLICH P. I. Concl. 27. n. 4. GAIL. L. I. Obs. 109. n. 5. (Summarische Proc. §. 261. n. 7.)

## §. 98.

### Von den vorbereitenden Gesuchen, c) in Ansehung der Sache selbst.

Die vorbereitenden Gesuche in Ansehung der Sache selbst, sind folgende: I) Wenn man auf Anzeigung des Rechtsgrundes, um hiernach die Hauptklage einrichten zu können, dringet. Der Regul nach hat dies Gesuch keine Statt, weil der Besizer nicht schuldig ist, von seinem Besize Rechenschaft zu geben, sondern sich dabey schlechterdings so lange zu erhalten befugt ist, bis ihn

jemand

jemand durch den Weg Rechtens im Besiz- oder Rechtsstande daraus verdrinze. So ist auch niemand schuldig zu zeigen, woher er sein Vermögen habe, selbst der fiscalische Verwalter nicht *a*). Nur dies sind die Ausnahmen: 1) Wenn man nicht weis, ob einer als Erbe oder aus einem anderen Titul besize, dies aber zu wissen nöthig ist, um die Erbschafts- oder Eigenthumsklage anzustellen *b*). 2) Der Landesherr kann wider einen jeden Besizer der Hoheitsrechte und was sonst ohne Landesherrliche Bewilligung nicht besessen werden kann, z. E. Steuerfreyheit, Wasserleitungen aus öffentlichen Wassern ꝛc. darauf klagen, daß er den Rechtsgrund angebe, oder sich deren Gebrauch enthalte *c*). Es ist die billigere Meynung, daß auch Kirchen und geistlichen Stiftungen die Befugnis wie dem Fiscus zustehe, auf Anzeigung des Rechtsgrundes zu dringen *d*). Auch der Vasall muß seinem Lehnherrn die erste Investiturbriefe vorzeigen und den Titul seines Besizes angeben *e*). II) Die Klage auf Vorzeigung einer beweglichen oder unbeweglichen *f*) Sache, wenn das Interesse bescheiniget, oder wenigstens der Eyd vor Gefährde abgeleget wird *g*). III) Wenn vorläufig auf Abtretung des Klagerechts gedrungen werden muß, wozu aber Gesez *h*), oder Abrede den Grund abgeben muß. IV) Gehören hierher die Rechtsmittel, wodurch einer zur Klage aufgefordert wird. Hiervon s. die Einl. in sämtliche summarische Processe §. 267. seq. V) Wenn jemand eine Sache vermachet ist, verstirbt, zwey Erben hinterlässet, wovon der eine seinen Antheil mit der Eigenthums- der andere hingegen mit der persönlichen Klage ein-

klagen

klagen will, so müssen sie sich entweder wegen einer gemeinschaftlich anzustellenden Klage vergleichen, oder der Richter weiset sie dazu an *i*). VI) Die Einweisung in die Erbschafts-Güther um den Rechtsstreit in Ordnung zu bringen (b. p. lit, ord. grat.) wird ebenfalls billig hierher gerechnet *k*), weil dadurch ausgemachet werden muß, wer die Stelle des Klägers und Beklagten zu vertreten hat, welches auch bey persönlichen *l*) und dinglichen Dienstbarkeiten *m*) oft der Fall ist. VIII) Wenn um Aufhebung eines Eydes, welcher der Klage im Wege stehet, angesuchet werden muß *n*). IX) Alle gerichtliche Aufkündigungen, wo selbige zu veranstalten die Nothwendigkeit erfordert, welche aber auch von Notarienund Zeugen geschehen können.

*a*) L. 25. D. de Iure fisci. (XLIX. 15.).

*b*) L. 12. D. L. 11. C. de H. P. (V. 3. III. 31.). LEYSER spec. 472. med. 8. dehnet dies auf alle Fälle aus, wenn der Kläger sein Recht nur einigermasen bescheiniget hat.

*c*) arg. L. 1. §. 41. 42. 45. D. de aq. cott. & aest (XLIII. 20.) c. 7. de priu. in 6. (V. 7.)

*d*) STRYCK D. de necessit. ed. tit. poss. c. 5. n. 20. seq.

*e*) STRVV. Observ. feud. ad synt. iur. feud. cap. VIII. n. 4. p. 46.

*f*) c. 49. X. de appellat. (II. 28.) LEYSER ius Georg. L. III. c. 1. n. 27. behauptet, daß der Lehnmann, wenn der Lehnherr die einzelne Stücke nicht kennt, selbige anzuzeigen, wenigstens sich eydlich zu reinigen schuldig sey. Der Verkäufer kann mit der Klage aus dem Contract dazu angehalten werden, L. 48. D. de act. emt. & vend.

g) L. 1. 3. §. 3-7. 9. 12. 14. 15. L 4. 5. pr. §. 1. L. 7. §. 7. L. 8. 18. 19. D. ad exhib. (X. 4.).

h) z. E. L. 13. pr. D. de pignerat act. (XIII. 7.) L. 1. §. 11. L. 16. D. depositi (XVI. 3.) L. 38. 59. D. de euict. (XXI. 2.) L. 12. D. de re iud. L. 16. §. 4. 5. L. 17. 18. de hered. pet. L. 50. §. 2. de Leg. II.

i) L. 84. §. vlt. D. de Leg. I. L. 11. D. de iurisd. L. 10. C. de iud.

k) L. 8. pr. D. de inoff. test. (V. 2.).

l) L. 7. in f. D. de lib. causa (XL. 12.).

m) L. 16. 17. D. de except.

n) Concept II. 26. Hier ist die Gerichtsbarkeit der höchsten RGer. in erster Instanz gegründet. FRIDERVS de process. Mand. & monitor. L. I c. 20. §. 1. n. 14. Im 20ten Art. der P. H. G. O ist der Urphede ohnerachtet einem unbillig Gemarterten die Klage auf Genugthuung gestattet, de BOEHMER in Med. ad C. C. C. ad d. art. §. 5. behauptet, daß dieses Gesuch um Aufhebung des Eydes behuf der Klage, in protestantischen Gerichten nicht gebräuchlich sey. Dies ist ungegründet. GAIL. L. I. Obs. 22. seq. hat die Materie erschöpfet.

## §. 99.

### Von den vorläufig zu untersuchenden Sachen [causae praeiudiciales].

Die vorläufig zu untersuchenden Sachen [causae praeiudiciales] werden im allgemeinen diejenigen genannt, welche ehender zu untersuchen und zu entscheiden sind, als die Hauptsache, weil diese häufig davon abhänget a). Diese werden in einem doppelten Verstande genommen. Einmahl werden darunter diejenigen Klagen begriffen, welche

den Stand der Menschen betreffen [causae praeiudiciales absolutae] weil dieser vorher zu entscheiden ist *b*), ehe von den Rechten und Verbindlichkeiten, welche davon abhangen, und entweder bestritten oder unbestritten sind, die Frage seyn kann. Sind die vom Zustande der Menschen abhängende Rechte und Verbindlichkeiten unbestritten, so ist mit der Entscheidung über den Stand, zugleich die ganze Sache geendiget *c*). Sind sie bestritten, so kann über diese nicht ehender verfahren und geurtheilet werden, als bis der Stand der Personen ausgemachet ist. Allein von denen den Stand der Personen betreffenden Sachen wird hier nicht weiter gehandelt, sondern man sehe §. 104. Die andere Gattungen der vorläufig zu erörternden Sachen, betreffen nicht den Stand der Menschen, sondern jede andere Rechtsstreitigkeit, welche aber so beschaffen ist, daß sie vorher entschieden seyn muß, ehe zur Untersuchung der Hauptsache geschritten werden kann [causae praeiudiciales respectivae oder vulgares]. Von diesen Sachen sind folgende Reguln zu merken: 1) Die vorläufigen Klagen sind in dem Gerichte anzustellen, in welchem die Hauptsache verhandelt werden muß, denn es ist ein unzertrennlicher Zusammenhang unter beyden Gattungen von Sachen *d*). Nur muß der Richter in beyden Sachen Gerichtsbarkeit ausüben können; also kann beym Lehngerichte nicht eine actio praeiudicialis de statu fam. negatiua wovon der Besiz des Lehns abhänget, untersuchet und erörtert werden nota *q*. und *r*. §. 100. nota *g*. 2) Es giebt sowohl Klagen als Einreden, welche eine vorläufige Untersuchung erfordern. Nur finden

den die Einreden, welche den Stand der Perſonen betreffen, nicht Statt: beym Spolium *e*), beym carboniſchen Edict *f*) und dem Rechtsmittel ex L. f. C. de Ed. D. Hadr. toll. *ff*). 3) Die gröſere Sache ziehet allemahl die geringere nach ſich *g*). Gemeiniglich iſt die peinliche Sache die gröſere und wichtigere; indeſſen wenn die bürgerliche Sache von vorläufiger Unterſuchnng iſt, ſo gehet doch dieſe vor *h*). 4) Diejenige Sache, bey deren Aufſchub Gefahr iſt, muß jedesmahl vorher unterſuchet werden, ehe zu einer andern damit verbundenen Streitfrage geſchritten werden kann *i*). Wenn alſo einem Teſtament vorgeworfen wird, daß es fälſchlich oder von einem unfähigen Teſtirer errichtet ſey, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob im Beſiz- oder Rechtsſtande geklaget wird. Im erſten Falle wird die Einrede der Unfähigkeit des Erblaſſers und andere Einreden, wenn ſie nicht ſofort klahr ſind, nicht in Unterſuchung gezogen *k*); dahingegen im lezteren Falle die Einrede des falſchen Teſtaments oder der Unfähigkeit des Erblaſſers vorher unterſuchet, jedoch vom Beſizer Sicherheit geleiſtet werden muß, ehe die Erbſchaftsklage in Erörterung kommen kann *l*). Nur wenn ein Fideicommiſſ errichtet iſt, ſo kann der Fideicommiſſarius verlangen, daß der Fiduciarius vorerſt die Erbſchaft antrete, und dann die Hauptſache erſt ausgemachet werde *m*), damit durch unterlaſſene Antretung der Erbſchaft das Fideicommiſſ nicht erlöſche. Ein Vermächtnisnehmer kann gegen geleiſtete Sicherheit ſein Vermächtnis, dieſer Einreden ohnerachtet, fordern, nur derjenige nicht, welcher das Teſtament ſelbſt als falſch angiebet *n*).

5) Wenn der Richter die Ordnung der Sachen nicht beobachtet, so ist dies eine Beschwerde, welche zu Rechtsmitteln gegründeten Anlas giebet *o*). Dieses im allgemeinen voraus erinnert, will ich die beträchtlichsten Fälle samlen, welche eine solche vorläufige Untersuchung und Entscheidung erfordern. Hierher gehöret A) der Regul nach die peinliche Sache in Ansehung der bürgerlichen *p*); nur die Besizstreitigkeiten werden auch noch vor der Untersuchung des Verbrechens erörtert *q*); desgleichen gehet die bürgerliche Sache vor, wenn die Frage vor einem Verbrechen nur beyläufig [incidenter] vorkomt *r*). B) Wenn sich zwey um eine Erbschaft streiten, und der Fiscus behauptet, daß sie ihm angefallen sey, so ist die fiscalische Sache zuerst zu entscheiden *s*). C) Die Erbschaftsklage in Ansehung der Erbschaftstheilungsklage *t*), mit dem Unterschiede, daß wenn derjenige, welchem wegen seines Erbrechtes Zweifel gemachet wird, im Besize der ganzen oder eines Theils der Erbschaft ist, das Theilungsgeschäfte seinen Fortgang hat, und das Erbrecht nur nebenher [incidenter] untersuchet wird. Nur muß er doch vor der würklichen Theilung Sicherheit bestellen, oder die Theilung selbst vorerst ausgesezet werden. Ist er aber nicht im Besize, so ruhet das Theilungsgeschäfte bis zu ausgemachtem Erbrechte gänzlich. Eben so muß die würkliche Theilung alsdenn ausgesezet werden, wenn zwar die Miterben sich unter einander davor gelten lassen, jedoch darüber streiten, nach welchen Theilen, ob z. E. nach den Köpfen oder Stämmen u. s. w. die Erbschaft zu vertheilen sey. Alles übrige, z. E. Einwerfung in die

Erb-

Erbſchaft, Rechnungsablegung ꝛc., die würkliche Theilung ausgenommen, kann ohne Bedenken unterſuchet und entſchieden werden. D) Wenn auf Rechnungsablegung und Theilung einer Geſellſchaft geklaget worden und die Geſellſchaft überhaupt geläugnet wird, oder über den Antheil Streit entſtehet, ſo treten eben die Grundſäze ein. E) Der Beſizſtand [poſſeſſorium] iſt ehender als der Rechtsſtand [petitorium] zu unterſuchen und zu entſcheiden *v*), woferne nicht der leztere klahr iſt, und jene Unterſuchung vergeblich machet *x*). F) Die Widerklage muß ruhen, und die Vorklage vorher erörtert werden, wenn jene ſich aus dieſer von ſelbſt entſcheidet, falls vor den Kläger geſprochen wird, und die Widerklage nur alsdenn in Frage kommen kann, wenn das Urtheil wider den Kläger ausfällt *y*). G) Wenn derjenige die Erbſchaft anſpricht, welcher mit dem Erblaſſer ein Compromiſſ eingegangen hat, ſo muß der ſchiedesrichterliche Ausſpruch ſo lange ausgeſezet bleiben, bis die Erbſchaftsſtreitigkeit entſchieden iſt *z*). H) Die Eheklage muß ehender, als die auf die aus der Ehe entſpringende Rechte, oder in Abſicht der Ehe eingegangene Verträge angebrachte Klagen erörtert werden. Z. E. Ein Soldat hat ſich ohne Conſens verlobet, Eheſtiftung gerichtlich unter Anhoffung des Conſenſes eingegangen, und will jezo, da die Braut zurück tritt, ſofort auf die Vollziehung der Eheſtiftung klagen, und declariret, daß wenn er den Conſens nicht erhielte, er ſich los kaufen wolle. Von Einreden, die eine vorläufige Unterſuchung erfordern, ſind zu merken; A) die Einrede des mangelnden Ei-

genthums des Grundstückes, wenn wegen einer Dienstbarkeit confessorisch oder negatorisch geklaget wird. *aa*). Siehe oben [§. 70.] B). Die Einrede des Spoliums, wenn blos um Entbindung von der Klage, nicht um Zurückgabe des Spoliums, gebethen ist; denn lezteren Falls wird dies wie eine blose Wiederklage angesehen *bb*). C) Die Einrede des Kirchenbannes *cc*). Hierher sind auch im Beweise die Einreden der Bestechung und des Meineydes zu rechnen, weil vor deren Erörterung der Zeuge mit dem Zeugeneyde, ohne Gefahr des Meineydes nicht beleget werden kann (§. 263). D) Die Einrede der zu nahen Verwandschaft, wenn auf die Ehe geklaget wird, und hierauf muß sogar, wenn dem Richter selbige hinreichend bekannt ist, von Amtswegen erkannt werden *dd*). Ueberhaupt ist es eine vorläufig auszumachende Einrede, wenn der Beklagte behauptet, daß er der unrechte Beklagte z. E. nicht Besizer, nicht Erbe, oder auch der Kläger derjenige nicht sey, welcher diese Klage anstellen könne; denn es sind ganz wesentliche und sogar von Amtswegen zu berichtigende Puncte, welche die gehörige Bestimmung der streitenden Theile betreffen. E) Die Einrede des nicht erfüllten Contracts [§. 95.], F) des nicht bezahlten Geldes. G) Wenn der Beklagte in der Klage, welche auf Zurückforderung eines nicht schuldigen Postens gehet, das Geld empfangen zu haben läugnet *ee*). H) Der Excussion, weil er so lange nicht der rechte Beklagte seyn würde. I) Die Einrede des nicht erwiesenen Todes bey der Erbschafts-Klage, als bey der Eigenthums-Klage, welche ein expectivirter Vasall wider

wider den Pfandgläubiger anſtellet, wenn der Vaſall, welcher das Guth rechtmäſig verpfändet hatte, als der lezte der Familie als geſtorben ausgegeben wird. Vor dem jüngeren Reichsabſchiede gehörten alle verzögerliche Einreden in dieſe Claſſe. Jezo aber muß, wenige Fälle ausgenommen, in der Hauptſache fortgefahren werden, und der Regul nach, unter Vorbehalt der Einreden, auf allen Fall Einlaſſung erfolgen.

*a*) BRISSON. de V. S. voce praeiudicium.

*b*) L. 1. 2. 3. 5. 6. 7. C. de ord. cognit. (VII. 19.) zuſammengehalten mit L. 7. D. de H. P. woſelbſt Fälle vorkommen, in welchen der Stand der Perſon nicht vorläufig unterſuchet wird.

*c*) L. 2. C. de ord. cognit.

*d*) arg. L. 3. C. de iud. (III. 1.) L. 1. C. de ord. iud. (III. 8.)

*e*) L. 37. D. de iud. (V. 1.) c. 7. X. qui fil. ſint leg. (IV. 17.) c. 6. 10. X. de reſt. ſpol. (II. 13.)

*f*) L. 3. §. 4. 5. D. de Ed. Carb. (XXXVII. 10.) Sie müſte dann völlig klar ſeyn.

*ff*) L. antepenult. C. de Ed. D. Hadr. toll. verbis: vel ſervus defunctus dicetur.

*g*) L. 4. D. de in int. reſt. (IV. 1.) L. 54. D. de iud. L. 16. 21. D. de except. (XLIV. 1.) L. vlt. C. de pet. hered. L. 33. C. ad L. Iul. de adult.

*h*) L. 8. C. ad L. *Fab.* de plag. (IX. 20.) L. 26. C. ad L. *Iul.* de adult. (IX. 9.) L. fin. C. de ord. iud. (III. 8.) L. 4. D. de publ. iud. t. t. C. de ord. cognit. (VII. 19.) L. vn. C. quando civ. actio crim. praeiud. (IX. 31.) L. 1. C. de appellat. L. 7. C. vnde vi L. 7. C. ad L. Iul. de vi publ.

*i*) L. 13. §. 2. u. 3. D. ad Sct. *Trebell.* (XXXVI. 1.)

*k*) L. 2. C. de Ed. D. *Hadr.* toll. (VI. 33.)

*l*) L. 5. §. 1. D. de hered. pet. (V. 3.)

*m*) L. 13. §. 2. u. 3. alleg.

*n*) L. 6. D. L. f. pr. C. de H. P. L. 8. D. ſi cui plus (XXXV. 3.) c. 38. de R. I. in 6. L. 8. C. de his quib. vt indign. (VI. 35.)

*o*) L. 1. C. de appellat. (VII. 62.)

*p*) L. 33. C. ad L. *Iul.* de adult. (IX. 9.) L. 4. C. de ord. cognit. (VII. 19.) L. 5. §. 2. D. ad L. Iul. de vi publ. (XLVIII. 6.) L. 37. D. de iud.

*q*) L. 1. C. de appellat. (VII. 62.) L. 7. C. ad L. IVL. de vi publ. (IX. 12.)

*r*) L. 3. C. de ord. iud. (III. 8.) L. 10. C. de donat. int. vir. & vx. (V. 16.) L. 27. D. de act. rer. amotar. (XXV. 2.) c. 6. X. de reſtit. ſpoliat. (II. 13.) c. 1. X. de except.

*s*) L. 35. D. de Iure fiſci (XLIX. 14.)

*t*) L. 2. C. de ord. iud. c. 3. X. de ord. cognit. (II. 10.) L. 18. D. de except. (XLIV. 1.) L. 1. §. 1. L. 37. D. fam. herciſc. (X. 2.) L. 7. D. de H. P. (V. 3.)

*v*) c. 2. X. de cauſ. poſſ. & propriet. (II. 12.) L. 37. D. de iud. L. 35. D. de acquir. l. amitt. poſſ. (XLI. 2.) L. 36. D. L. 13. C. de R. V. (III. 32.) L. 3. C. de interd. (VIII. 1.) §. 4. f. Inſt. ibid. L. 3. C. fin. reg. (III. 39.) L. 5. §. 1. D. ad L. IVLIAM de vi publ. (XLVII. 6.)

*x*) L. 1. § vlt. D. quae ſent. ſine appell. (XLIX. 8.) L. 5. D. de ſtatu lib. (XL. 7.)

*y*) L. 31. C. de lib. cauſa (VII. 16.) L. 10. C. de iniur. (IX. 35.)

*z*) L. 32. §. 10. D. de receptis (IV. 8.) L. 18. D. de except.

*aa*) L. 16. 17. D. de except *Cuiacius* Lib. V. Obſ. 37. erkläret das leztere Geſez richtig von der Einrede des rechtskräftigen Urtheils.

*bb*)

*bb*) c. 2. 4. X. de ord. cognit. (II. 10.)

*cc*) c. 19. X. de iud. (II. 1.)

*dd*) c. 1. X. de ord. cognit.

*ee*) L. 25. pr. D. de probat. (XXII. 3.)

## §. 100.

### Von beyläufig zu unterſuchenden Streitpuncten [cauſae incidentes].

Unter beyläufig zu unterſuchenden Sachen [cauſa incidens, punctum incidens, quaeſtio incidens] *a*) ſind diejenigen Rechtsſtreitigkeiten zu verſtehen, welche in einer bereits rechtshängigen Sache entſtehen. Was zur Führung des Hauptſtreites gehöret, als Einreden, Widerklagen, Intervention, die Schaden, Früchte und Zinſen, gehöret zur Hauptſache mit, als Theile derſelben, und nicht zu den Incidentpuncten. Dieſe beyläufige oder Nebenſtreitigkeiten betreffen entweder den Proceß oder die Hauptſache ſelbſt, oder auch die Nebenperſonen, den Advocaten und Procuratoren, entweder wegen ihrer Gebühren, oder wegen Auslieferung der manual-Acten, Beſtellung eines andern Sachwalters u. d. g. Erſtere ſind entweder ſo unbezweifelt gegründet, oder ſo offenbahr ungegründet, daß ſofort, ohne den Gegentheil darüber zu hören, darüber Verordnung gemachet werden kann, und dann verdienet dieſe vom Richter gemachte Verfügung kaum den Nahmen eines Incidentpuncts. Iſt es aber zweifelhaft, ob etwas zuzulaſſen oder abzuſchlagen ſey, was der eine oder andere Theil im Proceſſ gebethen hat, ſo muß der Gegentheil darüber vernom-

men und dieser Nebenpunct summarisch, jedoch gründlich untersuchet und erörtert, der guten Ordnung wegen aber in einem besonderen Actenbunde alles, was dazu gehöret, gesamlet werden. Ist aber ein solcher den Proceß betreffender Incidentpunct im Urtheile übergangen, so wird er vor aberkannt gehalten. Diese processualische Nebenpuncte haben keine Zahl und Mase, sondern gehen durch den ganzen Proceß. Auch die prätorische Wiedereinsezungen in den vorigen Stand wider Versäumnisse und Erkänntnisse, wenn selbige nicht sofort abgethan werden können, sondern weitere Untersuchung erfordern, gehören in dieses Fach. Die Incidentpuncte aber, welche die Hauptsache angehen, müssen durchaus keine Veränderung der Klage in sich halten, sonst müssen selbige sofort zur besonderen Ausführung verwiesen werden. Dahingegen sind die Neuerungen, welche während des Rechtsstreites vorgenommen werden, nicht als besondere Klagen, sondern als blose Incidentgesuche zu behandeln. Auch wegen der in den Schriften vorkommenden Anzüglichkeiten, sollten billig keine besondere Injurien-Klagen gestattet, sondern dies von richterlichen Amtswegen, als ein Incidentpunct behandelt werden. Sind es neue Einreden, welche verspätet vorgebracht worden, so sind selbige ebenfalls nicht anders zu hören, als wenn es a) privilegirte Einreden sind, die zu aller Zeit vorgeschüzet werden können; oder b) selbige mittelst der Wiedereinsezung in den vorigen Stand; oder c) mittelst Bescheinigung, daß selbige erst jezo entdecket worden, und nicht wohl vorher opponiret werden können, vorgebracht werden.

den. Es verstehet sich also auch, daß kein Incidentpunct wider einen dritten z. E. ein Editionsgesuch, wider einen andern, als den Gegner in eben dem Proceß zugelassen werden könne. Es kommen aber auch solche Incidentpuncte vor, welche nothwendig in dieser Sache mit erörtert werden müssen. Allemahl gehöret, der Regul nach, ein solcher Incidentpunct, wenn er auch sonst seiner Natur nach vor einem anderen Richter auszumachen wäre, wegen des Zusammenhanges der Sachen, vor den Richter, vor welchem die Hauptsache verhandelt wird, sollte es auch eine schiedsrichterliche oder Austrägalinstanz seyn *b*). Nur muß es dem Richter nicht an der Gattung von Gerichtsbarkeit mangeln *c*). In diesem Falle verweiset er einen solchen Punct an den gehörigen Richter, schreibet aber eine Frist vor, binnen welcher die Sache anhängig gemachet werden muß *d*). Solchemnach untersuchet der Richter ein Verbrechen, wenn selbiges in eine bürgerliche Sache einschläget, jedoch blos in Absicht deren Entscheidung, nicht in Ansehung der Strafe, mithin maset er sich dadurch keine peinliche Gerichtsbarkeit an *e*). Desgleichen sorget der Criminalrichter beyläufig vor die Entschädigung desjenigen, welcher durch ein Verbrechen Schaden gelitten hat. Der geistliche Richter, welcher über die Ehe gesprochen hat, kann auch über das Eingebrachte der Eheleute erkennen *f*). Dieses ist eigentlich kein Incidentpunct, sondern eine ganz neue Sache; aber im päbstlichen Rechte wird ein jeder Schein benuzet, weltliche Sachen vor die geistliche Gerichte zu ziehen. Die nach entschiedener Eheklage vorkommende

Streis-

Streitigkeit, über die Auseinandersezung des Vermögens, pflegen die protestantische Consistorien ganz ausdrücklich an die weltliche Gerichte zu verweisen, weil es ihnen nicht, wie dem Pabst, um die Erweiterung der geistlichen Gerichtsbarkeit zu thun ist. Dahingegen soll eine geistliche Sache, welche beyläufig in einer weltlichen in Frage komt, nicht vom weltlichen Richter, wegen seiner gänzlichen Unfähigkeit, in Untersuchung gezogen werden können *g*), z. E. die Ehesache, so in eine bürgerliche Streitigkeit einschläget. Der weltliche Richter ist sodann, das bey dem geistlichen Gericht ergangene Urtheil zu befolgen, schuldig *h*). Nur schränket Stryk am angef. Orte c. 2. §. 4. u. f. dieses dahin ein, woferne nicht über das Daseyn der Ehe, oder blos über den Besizstand gestritten würde; oder es die Ehe eines Unglaubigen; oder eine Winkelehe beträfe; denn in allen diesen Fällen ist nach dem Sinn der Kirchengeseze keine Ehe vorhanden, mithin urtheilet der weltliche Richter eigentlich nicht über die Ehe. Wir Protestanten sollten uns in diesem Stücke gar nicht an das canonische Recht binden, da sich alle diese Säze auf das Sacrament der Ehe, und auf Hierarchie gründen. Unterweilen machet ein neu vorkommender Incidentpunct sogar eine vorläufige Untersuchung und Entscheidung nöthig, so, daß die Hauptsache so lange ruhen muß, bis der Incidentpunct entschieden ist. Dies tritt nicht allein bey solchen auf die Bahn kommenden processualischen Fragen ein, welche, nachdem sie entschieden werden, in dem Processe eine hauptsächliche Aenderung machen müssen *i*), sondern auch manche,

die

die Hauptſache betreffende Incidentpuncte gehören hierher; z. E. in der Mitte des Rechtsſtreites zeiget ein Theil an, die Sache ſey gänzlich vergliechen. Der andere läugnet es, oder ficht den eingestandenen Vergleich an. Hier iſt der Hauptſtreit unnüz, wenn der Vergleich ſeine Richtigkeit hat, und zu recht beſtehet. Oder der Gläubiger klaget mit dem Bürgen, wird aber während des Rechtsſtreites unbedingter Erbe des Hauptſchuldners, wodurch die Schuld und die Forderung in einer Perſon zuſammen gefloſſen iſt. Eine geſchwängerte Perſon hat auf Genugthuung geklaget, hat ſich aber während dieſer Sache von einem andern beſchlafen laſſen, oder geheyrathet, und Beklagter behauptet, daß nun die Genugthuung hinwegfalle *k*). Wenn in der Wandelungsklage (act. redhibit.) in der Folge dieſe Wandlung entweder ganz unmöglich gemachet, oder doch die Sache ſo verändert iſt, daß ſie nicht zurückgenommen werden kann. Was nun blos beyläufig, nicht hauptſächlich auszuführen iſt, das bedarf keines ſtrengen Beweiſes, ſondern einer bloſen Beſcheinigung, und ſind beträchtliche Wahrſcheinlichkeiten dazu hinreichend *l*). Schlieslich iſt zu merken, daß es kein Incidentpunct ſey, wenn aus einem geendigten Streit ein anderer erwächſet, ſondern dies iſt vielmehr eine mit der erſten verbundene Sache [cauſa connexa], von welchen nunmehro ebenfalls das nöthige zu ſagen iſt.

*a*) Briss. de V. S. unter; incidere §. 4.

*b*) L. 1. C. de Off. Rect. prou. (I. 40.) L. 3. C. de iud. (III. 1.) L. 1, 3. C. de ord. iud. (III. 8.)

Stryk de causa incidente c. 4. §. 9. c. 5. §. 1. u. f.

*c*) Stryk l. c. c. 2. §. 3. c. 5. §. 2. Daher halte ich davor, daß der in einer Erbschaftsklage über die Lehnbarkeit oder Lehnsfolge vorkommende Streit an das Lehngerichte verwiesen werden müsse. Stryk ist der gegenseitigen Meynung c. 4. §. 4.

*d*) c. 4. X. de appell.

*e*) L. 14. C. de test. (IV. 20.)

*f*) c. 3. X. de donat. int. vir. & vx. (IV. 20.)

*g*) c. 2. 3. 4. X. de iud. c. 3. X. de ord. cognit. c. 5. X. qui fil. sint legit. (IV. 17.) Indessen kommen im c. 3. X. de ord. cognit. u. c. 7. X. qui filii sint legit. Fälle vor, wo Könige dies nicht leyden wollen, und da hat der Pabst nachgegeben. Dies ist der wahre Gesichtspunct, nach welchem diese Stellen beurtheilet werden müssen.

*h*) c. 2. de except. in 6. (II. 12.)

*i*) L. 2. 4. C. de ord. iud. L. 1-7. C. de ord. cognit. arg. c. 19. X. de iud. (II. 1.) c. 10. X. de appell. (II. 28.)

*k*) Berlich P. IV. Concl. 38. n. 39. behauptet arg. L. 13. §. 5. D. ad L. Iul. de adult. daß der Schwängerer doch Genugthuung leisten müsse, weil er die Geschwängerte zu dieser Lebensart gebracht habe. Gewis übertrieben!

*l*) Stryk l. c. c. 6. §. 8.

## §. 101.

### Von verbundenen Sachen [causae connexae, coniunctae, continentia causarum].

Unter verbundenen Sachen werden diejenigen verstanden, welche wegen ihres Zusammenhanges und ihrer Unzertrennlichkeit von einem und eben demselben Richter, vor welchen sie sonst nicht

nicht zu gehören scheinen, angebracht werden müssen. Entweder ist es eine persönliche, theilbahre oder untheilbahre Klage *a*), welche aber bey verschiedenen Richtern, weil die Beklagte einen verschiedenen Gerichtsstand haben, angebracht und solchemnach getheilet werden müsten; oder es ist eine dingliche Klage, womit Sachen, die unter mehreren Richtern belegen sind, eingeklaget werden sollen. Im ersteren Falle muß, zwar nicht nach römischen [denn der L. 5. §. 6. D. si cui plus quam per L. Falcid. und Nou. 99. c. 1. u. 2. gehöret wohl nicht hierher, vielmehr ist L 1. C. de conf. ejusd. tit. entgegen], und canonischen Rechten, wohl aber nach den Reichsgesetzen *b*), auch nach den Processordnungen der teutschen Länder, an den nächsten Oberrichter gegangen werden *c*), damit nicht aus einer und eben derselben Sache mehrere gemachet, auch widersprechende Urtheile gefället werden *d*). Dies pfleget man besonders continentiam causae zu nennen *e*). Wenn in einem Lande der höchste Richter aller Beklagten angegangen werden soll, so ist unterweilen einer darunter, welcher keinen gemeinschaftlichen Oberrichter hat; z. E. hier im Lande, wenn ein Universitätsverwandter nebst einem oder mehreren Amts- oder Canzleysäsigen belanget werden soll. Leztere stehen unter dem Oberappellationsgerichte, ersterer aber nicht; folglich fehlet es an einem gemeinschaftlichen Oberrichter. Diesfalls brauchet man sich jedoch nicht an die höchsten Reichsgerichte zu wenden, sondern man dürfte nur die Königliche Regierung durch ein Memorial bitten, dem Oberappellationsgericht auch wegen des Universitäts-

ver-

verwandten Auftrag zu ertheilen. Die Reichsgerichte können, nach den angeführten Gesezen, mit Vorbeygehung der Austrägalinstanz angegangen werden, 1) wenn zwey oder mehrere unmittelbahre zu belangen sind, welche verschiedene Austrägen haben; oder wenn 2) ein unmittelbahrer mit einem mittelbahren, der nur nicht von jenem als Diener oder Unterthan bey einem Geschäfte gebrauchet seyn, sondern vor seine eigene Person und aus seiner eigenen Handlung verbindlich seyn muß, mit einer Klage belanget werden soll. 3) Von dem Falle, wo mehrere Beklagte aus einem Geschäfte belanget werden sollen, welche in verschiedenen teutschen Landen wohnen, ist zwar im Concept keine ausdrückliche Erwähnung geschehen; es hat aber kein Bedenken, daß nicht ebenfalls die höchsten Reichsgerichte in solchem Falle angegangen werden können, weil schon in den gemeinen Rechten *f*) bey Strafe verbothen ist, dergleichen verbundene Sachen bey verschiedenen Richtern anzubringen. Es ist kaum nöthig zu berühren, daß nicht in der bösen Absicht mehrere Beklagte oder mehrere Sachen zusammen genommen werden müssen, um dadurch dem Gegner seine erste Instanz zu entziehen. Nur entstehet eine neue Frage, ob auch die Unterthanen derjenigen Stände, welche Befreyung von der Appellation an die höchsten Reichsgerichte haben, in verbundenen Sachen daselbst belanget werden können, und ich trage kein Bedenken, selbige zu bejahen, weil dies ein Nothfall ist, und widrigenfalls die Sachen, welche zusammen gehören, zur Vervielfältigung der Processe, würden getrennet werden. Dieser Nothfall

nimt

nimt der Befreyung nichts *g*). Dieſelbigen Gründe treten auch ein, wenn den Unterthanen die Befreyung zuſtehet, nicht an auswärtige Gerichte gezogen zu werden. Ob es aber rathſamer ſey, in einer ſolchen Sache die höchſten Reichsgerichte anzugehen, und ob man nicht beſſer thue, lieber einen jeden Mitbeklagten in ſeinem ordentlichen Gerichte, wenn die Sache nur theilbahr iſt, zu belangen, das iſt eine andere Frage. An Koſten dürfte man, wenn das lezte erwählet würde, vielleicht ſowohl als an der Zeit gewinnen. Daß der Kläger unter ſolchen Umſtänden eine an und vor ſich theilbahre Sache trennen und jeden Beklagten beſonders belangen könne, leydet auch wohl keinen Zweifel, da es der Kläger nicht ohne Noth thut, die gemeinen Rechte ſolches ausdrücklich geſtatten *h*), und es mehr vor den Kläger als vor den Beklagten eine Rechtswohlthat iſt, den nächſten Oberrichter anzugehen, auf welche er auch wiederum Verzicht thun kann. Irrig iſt es, daß wenn ein geiſtlicher und weltlicher Beklagter zuſammen ſtöſet, die Sache bey dem geiſtlichen Richter angebracht werden könne. Nur wollen die römiſchen Geſeze nicht *i*), daß die wider mehrere Vormünder aus der geführten Vormundſchaft anzuſtellende Klage getrennet, ſondern bey dem Richter, unter welchem die Verwaltung geführet iſt, angebracht werden ſoll, und zwar ohne Unterſchied, ob ſie gemeinſchaftlich die Vormundſchaft geführet, oder angewieſene Theile verwaltet haben, weil im lezteren Falle der eine immer zur Aufſicht über den anderen beſtellet, und nach jenem vor den Schaden zu haften verbunden, mithin in ſoweit noch immer ein

Zusammenhang vorhanden ist *k*), obgleich dieser Fall eigentlich nicht aus dem Zusammenhange der Sache, sondern vielmehr aus dem durch die Verwaltung begründeten Gerichtsstande vor den Richter, der Obervormund ist, gehöret. Hieraus kann man die allgemeine Regul machen: so oft gewissen Sachen ein besonderer Richter angewiesen ist, so oft dürfen sie nicht bey dem Oberrichter angebracht werden. Desgleichen müssen die Theilungsklagen: wegen einer Gesellschaft, wegen einer gemeinschaftlichen Erbschaft und wegen der Gränzen, bey einem Richter angebracht und nicht getrennt werden *l*). Sind alle Güter unter einem Richter gelegen, oder kann wegen der Erbschaft vor dem Richter des verstorbenen geklaget werden, so hat es wegen des Gerichtsstandes kein Bedenken. Sonst ist die Sache beym Oberrichter, oder wo die mehresten Güter gelegen sind, anzubringen. Endlich sollen auch diejenigen Klagen, welche von verschiedenen wider einen Menschen, den sie als ihren Knecht, entweder als gemeinschaftlich, nuznieslich oder eigenthümlich, in Anspruch nehmen, bey einem und eben dem Richter angebracht werden, welches noch heut zu Tage bey unsern Leibeigenen eintritt, damit nicht verschiedene widersprechende Urtheile erfolgen *m*); es auch genug ist, daß der Beklagte mit dem rechtmäsigen Kläger einmahl rechtskräftig durchgefochten hat, daß er ein freyer Mensch sey, und diese Rechtskraft ihn wider alle fernere Ansprüche dieser Art schüzet *n*). Diese Ursach tritt aber nicht auf gleiche Weise in dem Falle ein, wenn verschiedene einen solchen Menschen als jedem eigen ansprechen; daher

her muß in dieſem Falle beſonders geklaget werden o). Dies ſind diejenigen Fälle, wo wegen mehrerer ſtreitenden Perſonen die Sache wegen ihrer Verbindung und Zuſammenhanges vor einem und eben demſelben Richter angebracht werden muß. Nun ſind auch ferner die Fälle zu betrachten, wo mehrere Sachen mit einer Klage in Anſpruch genommen werden ſollen, welche unter verſchiedenen Richtern liegen. Dieſe Klagen ſind entweder an dem Wohnungsorte oder in demjenigen Gerichte anzubringen, wo der gröſte Theil der Güter belegen iſt *p*), und wenn rechtskräftig erkannt iſt, und es zur Vollſtreckung des Urtheils kommen ſoll, ſo müſſen die Richter, unter welchen die übrigen Güter belegen ſind, um Vollſtreckung des Urtheils erſuchet werden *q*). Es kann aber auch in dieſem Falle an denjenigen Oberrichter gegangen werden, unter welchem alle die verſchiedene Grundſtücke gewis ſtehen *r*). Auf den Gerichtsſtand der verſchiedenen Beklagten komt bey dinglichen Klagen nichts an. Daß dies auch bey Lehnsſachen eintrete, wenn verſchiedene mittelbahre Lehngüter unter einem Landesherrn belegen ſind, leydet keinen gegründeten Zweifel *s*); nur ſind die höchſten Reichsgerichte nicht berechtiget, Lehnsſachen über Lehne, die in verſchiedener Herrn Landen belegen ſind, an ſich zu ziehen *t*). Auſer dieſen bisher vorgetragenen Fällen, wo man zuſammengehörige, perſönliche oder dingliche, theilbahre oder untheilbahre Klagen an einen gemeinſchaftlichen Oberrichter bringet, iſt ein weiterer Grund, woher ein Zuſammenhang der Sachen erwächſet, wenn eine Sache mit einer andern dergeſtalt verbunden iſt,

daß die eine da vorgebracht und entschieden werden muß, wo die andere hingehöret. Dies pflegen eigentlich causae connexae genannt zu werden. Hiervon ist nicht sowohl die zu besorgende Vervielfältigung der Rechtsstreitigkeiten, als vielmehr dies der Grund, daß widrigenfalls leicht widersprechende Urtheile erfolgen würden, auch der Richter, welcher schon von der vorhergegangenen in eine nachherige einschlagenden Sache Acten hat, besser und vollständiger über leztere urtheilen kann, als es ein anderer Richter thun könnte. In dieser Betrachtung müssen alle vorbereitende Gesuche [causae praeparatoriae], alle vorläufig zu entscheidende Streitigkeiten [causae praeiudiciales], und alle beyläufig zu erörternde Puncte [incidentes] bey eben dem Richter, ihres Zusammenhanges wegen, an- und ausgeführet werden, bey welchem die Hauptsache geführet wird. Von diesen verschiedenen Sachen ist in den nächst vorhergehenden §§. hinreichend gehandelt, und desfalls hier nichts weiter zu sagen. Aber wenn gleich eine Sache nicht als Hauptsache, und die andere als vorbereitend, vorläufig oder beyläufig zu betrachten, so entspringet oft aus einer Sache eine andere, welche so in einander einschlagen, daß sie nicht wohl anders als bey einem und eben demselben Richter angebracht werden können. Hierher gehören die Fälle: 1) wo der Besizstand untersuchet und entschieden ist, da muß auch der Rechtsstand angebracht und erörtert werden *v*). Nur muß der Richter, der über den Besizstand erkannt hat, — und das kann ein jeder Richter, unter dem die Sache belegen, über einen jeden Gegen-

stand,

stand, — die Gattung der Gerichtsbarkeit haben, worinn die Sache im Rechtsstande einschläget. Z. E. der bürgerliche Richter kann den Besiz in Ehe- und Lehnsachen entscheiden, aber nicht über die Ehe und das Lehn selbst erkennen. Blos bey unmittelbahren Reichsgliedern, welche Austrägen haben, ist die Sache des strittigen Besizes, imgleichen wegen der Pfandung zwar beym Cammergericht zu entscheiden, dahingegen wird der Rechtsstand daselbst nicht erörtert, sondern an den ordentlichen Richter verwiesen *x*). Hierdurch ist aber das gemeine Recht nicht geändert *y*), sondern nur der Eyfersucht der Reichsstände auf die Austrägalinstanz, nachgegeben, welche nichts weniger als Beförderung der Rechtsstreitigkeiten gewähret. Zwar scheinet der 2te §. des 22ten Titels des 2ten Buches des Concepts auch auf den §. 1. zu gehen, und von mittelbahren Beklagten, oder von Gütern, die unter mehreren Herrschaften gelegen sind, die Rede zu seyn; allein wenn man auch diesen 2ten §. so erklähren wollte, so ist doch dies vor keine Abänderung des gemeinen Rechts und vor keine Vorschrift vor andere Gerichte zu halten, sondern es würde nur bey dem Cammergerichte also gehalten werden müssen. Es scheinet aber dies auch nicht der Sinn zu seyn, wie aus der angeführten Stelle des Concepts II. 23. §. 2., wo der ähnliche Fall der Pfandung vorkomt, zu schliesen ist, wo es heiset: doch beeden Theilen ihre Gerechtigkeit, der Hauptsachen halber an gebührlichen Orten und Enden weiter mit Recht auszuführen, vorbehalten seyn. Von dem bisher berührten Falle

des Zusammenhanges des Besiz- und des Rechtsstandes ist ohne Zweifel II) auf alle andere ähnliche Fälle zu schliessen, wo ein gleicher Zusammenhang sich findet, theils damit keine widersprechende Urtheile erfolgen, theils weil die Sache bey demjenigen Richter kürzer und gründlicher erörtert werden kann, welcher von der vorhergehenden Sache Acten, so in diejezo vorkommende Streitsache einschlagen, in seinem Gerichte hat z). In der lezteren Absicht werden die Sachen, welche III) den Gehalt der Fürsprecher und Sachwalter; IV) die Zurücklieferung der Manualacten; V) das in ihrem Amte begangene Vergehen betreffen, vor dem Richter angebracht und erörtert, vor welchem die Sache geführet ist. Es müssen nur diese Sachen jedesmahl in einem Nebenbunde behandelt, und nicht unter die Hauptsache gemenget werden. Obgleich hier andere streitende Personen auftreten, so lieget doch der Grund von dem Zusammenhange dieser Sachen darinn vor Augen: weil ein Fürsprecher oder Anwald allemahl als eine Nebenperson in dem Hauptstreite anzusehen, und dem Richter, wegen der sein Fürsprecher- oder Anwaldsamt betreffenden Puncte, unterworfen ist; auch niemand anders, als der Richter, bey dem die Acten sich befinden, im Stande ist, den Ehrengehalt und die Kosten zu bestimmen, welche gefordert werden; und das rechtmäsige oder fehlerhafte Betragen zu prüfen, welches solchergestalt in Frage komt *aa)*. VI) Wo zwey Oberrichter völlig gleiche Befugnis haben, Appellationen anzunehmen, da müssen alle nachherige Appellationen bey demjenigen Oberrichter schlechterdings angebracht werden, welcher

cher ſchon vorhin einmahl über eine Appellation in dieſer Sache erkannt hat. Nicht weniger ziehet VII) die Appellation auch die von dem anderen Theile ergriffene Supplication an ſich, wenn jene angenommen und abänderend erkannt wird. Ja der Unterrichter muß, wenn er vermuthen kann, daß die Beſchwerden der Supplication in die Appellation einſchlagen können, das Erkänntnis über die Supplication vorerſt ausſezen *bb*). VIII) Der Concurs ziehet alle die Schulden, nicht aber das Activvermögen, betreffende Sachen an ſich. Selbſt die Allgemeinheit (nicht anziehende Kraft, wie ſich Dabelow ausdrücket) des Concursgerichts iſt nichts anders als Zuſammenhang der Sachen. Auch wenn nach geendigtem Concurs ſich noch ein Gläubiger mittelſt Wiedereinſezung in den vorigen Stand wider andere Gläubiger meldet, welche ſeiner Forderung nachgeſtanden haben würden, ſo muß dieſe Sache, als eine mit dem Concurs verbundene Sache nicht in des Imploraten ſonſtigem Gerichtsſtande, ſondern beym Richter des Concurſes angebracht werden. Der v. Sp. zu E. war 15 Jahr in Arreſt, immittelſt der H=ſche Concurs geendiget. Er hatte eine confirmirte Schuldverſchreibung und würde der n. 9. collocirten Stadtcaſſe, welche nicht unter dem Stadtamte ſtund, vorgeſezet ſeyn. Dieſe ſeine Forderung war wegen ſeines Arreſtes nicht liquidiret, welches er nun wieder die Stadtcaſſe mittelſt geſuchter Wiedereinſezung bewerkſtelligte und bath, die Stadtcaſſe zur Herausgabe des erhobenen Geldes behuf ſeiner Befriedigung anzuhalten. Das Stadtamt war der Concursrichter und erkannte ſich vor in-

competent, welches Urtheil aber auf Implorantens Rechtsmittel geändert und das gegenwärtige Gesuch als eine mit dem Conturs verbundene Sache angesehen wurde. IX) Die Aufforderung zur Vertretung [litis denunciatio] ziehet den Aufgeforderten, ohne Rücksicht auf seinen Gerichtsstand zu nehmen, vor den Richter der Hauptsache, blos wegen des unzertrennlichen Zusammenhanges *cc*). Dies hat nicht allein bey der Vertretung, welches der Vordersaz ist, sondern auch nachher, wenn die Sache evinciret ist, wegen der Entschädigung, welches den Nachsaz, der aus jenem flieset, ausmachet, Statt. Zu den Würkungen des unzertrennlichen Zusammenhanges gehöret auch dieses mit, daß wenn unter mehreren Bürgen oder Vormündern nur einer appelliret und die Abänderung des Urtheils erhalten hat, dieses auch den übrigen zu Statten komt *dd*) Leztlich ist zu untersuchen, ob eine würklich verbundene Sache ohne Noth getrennet werden dürfe? Die Rechtsgelehrten sind hierüber verschiedener Meynung. Einige verneinen selbiges *ee*). Andere behaupten, es stehe völlig in der Wahl des Klägers die Sache zu trennen, und der Beklagte habe nur die Befugnis, die Einrede des Zusammenhanges der Sachen vor der Einlassung auf die Klage entgegen zu sezen *ff*). Wäre diese Meynung so gegründet, als gesez- und processwidrig sie ist, so würde der Richter eine solche Klage, welche verbundene Sachen trennet, nicht von Amtswegen zurückweisen können, was er aber allerdings thun kann, und, wenn er nicht die Vervielfältigung der Streitigkeiten gewissenlos begünstigen will, thun muß. Ist aber weder

der vom Richter noch vom Beklagten der Zuſammenhang der Sachen erinnert, und die Einlaſſung auf die Klage bereits erfolget, ſo iſt es ehender zu dulden; allemahl laufet es aber doch wider das Verboth des angeführten L. 10. C. de iud. Ja im c. 3. de reſcr. in 6. iſt ſogar bey Strafe der Nichtigkeit und Erſtattung der Koſten befohlen, daß, um die Vervielfältigung der Rechtshändel abzuſchneiden, ein Kläger alle Klagen die er wider einen Beklagten hat, vor einem Richter anbringen, auch der Beklagte ſeine Gegenklage vorſchüzen ſoll. Ju L. 21. pr. D. de recept. iſt ſogar geordnet, daß der ſchiedesrichterl. Ausſpruch (alſo auch der richterliche) nicht gelte, wenn bey zuſammenhängenden Sachen nicht über alles erkannt iſt.

*a*) de PVFENDORF T. I. obſ. 153.

*b*) Dubia cam. von 1595 n. 4. 5. 8. und der Churfürſten und Fürſten Bedenken darüber §. 4. Deputationsabſchied von 1600. §. 23. 24. Concept II. 9. Reichshofrathsordnung Tit. 2. §. 1.

*c*) Zelliſche Oberappellationsgerichtsord. II. 1. 8.

*d*) L. 10. C. de iud. c. f. X. de reſcr. (l. 3.)

*e*) Concept am angef. Orte. Im L. 10. C. de iud. (III. 1.) wird aber auch dieſer Ausdruck von connexen Sachen gebrauchet.

*f*) L. 10. C. de iud. L. 84. §. vlt. de Leg. I.

*g*) Dubia cam. und deren Erläuterung oben Note *a*). Moſer Obſ. ad Capitulat. Car. VII. p. 509. Struben Th. II. Bed. 24. Das Gegentheil behauptet de LEYSER ſpec. 122. med. 7.

*h*) L. 1. C. de confort. ei. lit. (III. 40.) L. 5. §. 7. D. iud. ſolui (XLVI. 7.)

*i*) L. 5. C. arbitr. tut. (V. 51.) L. 2. D. de quib. reb. ab eund. iud. eatur (XI. 2.) L. 6. §. 1. D. de ed. (II. 13.).

*k*) L. 1. 2. C. de diuid. tut. (V. 52.).

*l*) L. 1. D. de quib. reb. ad eund. iud. eat. Obgleich dies Gesez und mehrere andere vom iudice pedaneo reden, so ist doch der Grund der Gesetze so allgemein, daß er auch auf jeden ordentlichen Richter passet.

*m*) L. 8. §. 1. L. 9. L. 23. §. 2. L. 30. D. de lib. causa (XL. 12.)

*n*) L. 25. D. de statu hom. (l. 5.) L. 3. D. de collus. deteg.

*o*) Der angeführte L. 8. §. 1.

*p*) L. 50. pr. L. 52. §. 4. D. de iud. (V. 1.) L. 66. §. fin. D. ad SCt. Trebell. (XXXVI. 1.) L. 1. C. vbi fideic. (III. 17.).

*q*) L. 15. §. 1. D. de re iud. (XLII. 1.)

*r*) Concept II. 22. 1. de PUFEND. T. II. obs. 148. Hierbey ist jedoch zu merken, daß mehrere Länder, so beständig bey einander bleiben, nicht vor verschieden angenommen werden, folglich desfalls nicht an die Reichsgerichte gegangen werden könne, wohl aber, wenn sie nur auf eine Zeit lang unter einem Herrn stehen, z. E. Bisthümer, Pfandschaften. DITTERICH de quat. proc. consil. imp. aul. Tit. 2. §. 33. nota *

*s*) Struben Th. I. Bed. 114.

*t*) Wahlcapitulation Art. 21. §. 1. Es ist wohl etwas gewagt, wenn Cramer im Syst. proc. §. 164. behauptet, diese Verordnung binde die höchsten Reichsgerichte nicht, weil die Churfürsten deren Gerichtsbarkeit einzuschränken nicht vermögten.

*v*) L. 30. D. L. 10. C. de iud. L. 13. C. de rei vind. (III. 32.) c. 1. X. de caus. poss. & propr. (II. 12.) c. 1. X. de sequestrat. C. 2. X. de capell. monach. Hiervon lieget der Grund unter andern auch im

L. 14.

L. 14. C. de ſent. & interloc. (VII. 45.) und im L. 35. D. de acquir. l. amitt. poſſ.

*x*) Concept II. 22. pr. §. 1. 2. Nach dem §. 3. wird die Ausnahme gemachet, daß woferne einige Stände auch in ſolchen Beſitzſtreitigkeiten Austräge hätten, es dabey gelaſſen werden ſolle, und II. 23. pr. §. 2.

*y*) Dies hat Eſtor in den kleinen Schriften T. III. p. 354. irrig davor gehalten. de LVDOLF de I. cam. S. 1. §. 7. n. 11. hält ſogar davor, daß der §. 2. der Cammergerichtsordnung durch den neuern Deputationsabſchied von 1600. §. 23. u. 24. abgeändert ſey, und alſo aus dem Concept hätte weggelaſſen werden ſollen.

*z*) Die Reichshofrathsordnung II. 1. nennet dieſes Sachen, die der Conſequenz halber für unſer Kayſerl. Gericht gehören. L. 12. D. rem pup. l. adoleſc. ſalv. fore. (XLVI. 5.)

*aa*) arg. L. 17. D. de negot Geſt. (III. 5.) Concept l. 60. §. 7. u. 8. In der lezten Stelle werden ſogar auch die Erben vor daſſelbe Gericht gezogen.

*bb*) de PVFENDORF T. 2. obſ. 110.

*cc*) L. 49. pr. D. de iud. L. 1. C. vbi in rem actio (III. 19.)

*dd*) L. 1. 2. C. ſi vnus ex plur. appell. (VII. 61.) L. 4. §. 3. D. ſi ſeru. vind.

*ee*) CARPZOV. Proc. Tit. 3. art. 5. n. 31.

*ff*) GAIL. I. Obſ. 32. n. 12. 13. MYNSINGER Cent. I. Obſ. 97. SCHILTER Exerc. 21. th. 10. ſeq. MEVIVS P. 2. Dec. 250.

## §. 102.

### Von Sachen die vom Willkühr des Richters abhangen [causae arbitrariae].

Die Römer, ein auf Freyheit eyfersüchtiges Volk, wollten, so wie noch heut zu Tage die Engelländer, so wenig vom Willkühr des Richters abhängig seyn, als möglich war. Willkührliche Gewalt in den Händen eines Klugen und Rechtschaffenen ist wohlthätig, in den Händen eines Böswichts oder Unwissenden gefährlich. Dieser sollte nun zwar nie zum Richter gewählet werden; aber so sollte es auch nur seyn! Daher wird es sichtbahr, warum die Römer so sorgfältig die Klagen bestimmet haben, ob sie gleich dabey auch noch die heilsame Absicht hatten, daß nur diejenigen Klagen zugelassen werden sollten, welchen es nicht an einem tauglichen Rechtsgrunde mangelte, oder nach der natürlichen Billigkeit von dem Prätor in besonderen Fällen zugelassen waren. Indessen lassen sich ohnmöglich alle Vorfälle durch Gesetze bestimmen, mithin muß allerdings vieles dem richterlichen Ermessen überlassen werden. Je weniger aber ein Volk auf Freyheit [im guten Verstande, nicht vor öffentliche Ruhe und Sicherheit aufhebende Zügellosigkeit des Pöbels genommen] eyfersüchtig ist, desto leichter wird es dem Regenten, dem Richter und selbst den Pfaffen, willkührliche Gewalt auszuüben. Ueber den Begrif der dem Willkühr des Richters überlassenen Sachen sind die Rechtsgelehrten sehr uneinig. Man noch de quaest. arbitr. iud. qu. L. 1. 3. hat die verschiedenen Meynungen aufgezählet, die ich nicht wie-

wiederholen, sondern den wahren Begrif zu bestimmen mich bemühen will. Justinian hat die Leute im §. 31. l. de act. irre gemacht. Wenn ich also dessen wahren Verstand festgesezet habe, so wird sich der Begrif dieser Sachen von selbst machen, und es überflüssig werden, die einzelnen Meynungen zu widerlegen. Der Kayser sezet eigentlich zwey Begriffe von willkührlichen Sachen fest, den ersten: nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, condemnari debeat. Dieser Begrif beziehet sich blos auf den römischen Proceß, und den vom Prätor gegebenen Richter. Es lässet sich also davon heut zu Tage keine Anwendung machen. Wir kennen ein solches Verfahren gar nicht, wo der Richter vorläufig dem Beklagten gleichsam nur den Rath giebet, den Kläger zu befriedigen *a*), und wenn er dieses nicht thut, sodann erst denselben durch ein Urtheil nach aller Strenge der Rechte schuldig vertheilet *b*). Unter diesen ersten Begrif gehören folgende Fälle: A) die Klage aus dem Betruge; B) aus der eingejagten Furcht, weil bey selbigen alsdenn erst die Erstattung des doppelten oder vierfachen Werthes eintritt, wenn der Beklagte dem ersten Ausspruche kein Genügen leistet *c*). Bey anderen Fällen, wo die Erstattung des doppelten oder vierfachen Werthes eine festgesezte Strafe ist, hebet die Wiedererstattung die Strafe nicht auf. Der Betrug, die Gewalt und die unerlaubt eingejagte Furcht werden heut zu Tage auserordentlich gestrafet. C) die Klage, welche wider Zöllner gegeben wird, wenn sie gewaltsame Erpressungen gemachet haben *d*). Nur ist heut zu Tage

von

von dieser Klage eben so wenig ein Gebrauch zu machen. Die Zolleinnehmer sind auf die Zollrollen beeydiget. Eine jede Uebersezung darf nur bey dem Departement angezeiget werden, unter welchem der Zolleinnehmer stehet. Und so wird die Sache nicht durch den Weg einer Klage, sondern als eine Cammersache abgethan. Käme z. E. in hiesigen Landen eine unerlaubte Licenterpressung vor, so hätte man sich nur an den Licentcommissarius zu wenden. D) Die Klagen, welche wegen des Verbrechens eines römischen Knechtes wider den Eigenthümer oder Besizer Statt fanden, werden von Kayser hierher gerechnet *e*); allein wenn die Leibeigenen heut zu Tage Verbrechen begehen, so müssen diese davor haften, und kann der Eigenthümer oder Besizer, woferne er nicht bey der unerlaubten Handlung mit gewürket hat, nicht belanget werden. E) Die Klage, welche der Patron wegen desjenigen, so zu seinem Nachtheil veräusert worden ist, anstellet, pfleget auch hierher gerechnet zu werden [act. Fau. l. Calvis.] *f*). Allein das Patronatrecht ist selbst da, wo wir Leibeigene haben, von keiner Anwendung. Desgleichen fand F) bey der paulianischen Klage wegen einer zum Nachtheil der Gläubiger vorgenommenen Veräuserung dies richterliche vorläufige Gutachten Statt *g*). Auch G) die Klage, welche auf Zurücknahme einer verkauften untauglichen Sache gehet [act. redhibit.] *h*), und leztlich H) die Klage, welche wegen einer die Sache verändernden Veräuserung angestellet wird *i*), J) die Frage bey einem Testament von dem muthmaslichen Willen des Erblassers *), gehöret zu den will-

kühr-

kührlichen der ersten Art. Der andere Begrif von Sachen, die vom Willkühr des Richters abhängen, ist allgemeiner, wenn der Kayser sagt: In his enim actionibus & *ceteris similibus*, permittitur iudici ex aequo & bono, secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam, aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Dieser Begrif gehet weiter auf eine ungenannte Anzahl Fälle. Daß diese dem richterlichen Willkühr unterworfene Sachen von denen unterschieden seyen, wobey nicht blos auf das strenge Recht [act. str. iur.], sondern auf Milde und natürliche Billigkeit Rücksicht genommen wurde [act. b. f], zeiget der vorhergehende 28te §. bis znm 30ten, wo der Kayser die eben genannten Klagen gegen einander stellet, und nunmehro im 31ten fortfähret: *praeterea* quasdam actiones arbitrarias - - appellamus *k*). Also ist dies eine neue besondere Abtheilung. Wären willkührliche Sachen und Sachen des milderen Rechtes einerley, so wären heut zu Tage alle Sachen willkührlich, weil wir keine Sachen von strengem Rechte haben. Sowohl dingliche als persönliche Klagen, sowohl Klagen des strengen als milderen Rechts *l*), können zugleich vom richterlichen Willkühr abhängen, und daher ergiebet es sich, daß dies nur eine zufällige Eigenschaft [adiectitia qualitas] einer Klage, keine vor sich bestehende Klage ausmache *m*). Hätte der Kayser bey dieser seiner Eintheilung nicht den Gegensaz im Sinne behalten, so würde alles deutlicher seyn, und das hat alleben zu so vielen Misdeutungen Anlas gegeben. Die Sachen nähmlich müssen den willkührlichen entgegen gestellet werden, welche

auf

auf etwas gewisses gehen [actiones certi] *n*). Hat der Richter eine Sache der lezten Art vor sich, so fällt alle Willkühr dabey hinweg. Oft ist die Hauptklage auf etwas gewisses gerichtet, und nur bey Nebenverbindlichkeiten kommen Fragen vor, welche von dem Willkühr des Richters abhangen; und dann muß von der Hauptsache, nicht von dem Nebenpuncte, die Benennung hergenommen werden *o*). Was nun aber vor Sachen zu den willkührlichen gehören, ist kürzlich auszumachen. Zuerst will ich die Fälle durchgehen, welche Justinian genannt hat. A) die publicianische Klage. Diese richtet sich nach der Eigenthumsklage *p*). Daß selbige aber zu der oben vestgesezten ersten heut zu Tage keine Anwendung leidenden Gattung der willkührlichen Sachen gehöre, ist oben bereits aus der Formul bemerket. Sie konnte auch zufälliger Weise zu der anderen Gattung der willkührlichen Sachen gezogen werden, wenn eine bewegliche Sache nicht mehr vorhanden, oder in solche veränderte Umstände gesezet war, daß sie der Kläger nicht annehmen konnte, und nunmehro den durch seinen Eyd zu bestimmenden Werth ersezet verlangte. B) Die Klage auf Vorzeigung einer Sache [ad exhibendum], und hiermit hat die auf Vorlegung der Urkunden die nächste Verwandtschaft. Diese ist nicht allein in dem Falle willkührlich, wenn die Vorzeigung rechtskräftig erkannt ist, selbige aber aus Vorsaz nicht geschiehet, oder durch Verschulden des Beklagten nicht geschehen kann, mithin der Kläger zur eydlichen Bestärkung des dadurch erlitenen Schadens gelassen wird, sondern es entspringet diese Klage auch aus der

natürs

natürlichen Billigkeit, und ist dabey dem richterlichen Ermessen vieles überlassen *q*). C) Die Klage wider den Besizer eines Knechtes oder Thieres, welches Schaden zugefüget hat [noxalis]. Die Klage, welche auf Ersezung des durch ein wildes Thier, welches auf öffentlicher Strase, durch Versehen des Eigenthümers, losgelassen worden, zugefügten Schadens gehet, gehöret gleichfals hierher *r*). D) Die servianische und hypothecarische Klage ist vom Kayser genannt, sie ist aber blos willkührlich nach dem ersten im römischen Proceß gegründeten Begriffe s). E) Mit der Klage aus einer eingejagten Furcht hat es gleiche Bewandnis. F) Lezt lich nennet der Kayser noch die Klage, welche darauf gehet, wenn etwas an einem gewissen Orte versprochen ist daselbst aber nicht geliefert wird [de eo quod certo loco]. Das willkührliche bestehet in der Bestimmung des dadurch zuwachsenden Schadens und entgangenen Gewinnes t). Es sind dieses aber die willkührlichen Sachen nicht alle, welches auch der Kayser in den Worten: et ceteris similibus zu erkennen giebet. Auser den bisher genannten, gehören noch weiter hierher G) alle Erbschaftstheilungen *v*), sowohl in Ansehung der ganzen Erbschaft, als in Bestimmung des Pflichttheils, des falcidischen und trebellianischen Antheils *x*), kurz, so oft von der ganzen Erbschaft ein nur nach dem geometrischen Verhältnis bestimmter Theil, eigenthümlich oder niesbräuchlich, wie bey dem armen überlebenden Ehegatten, nunmehro auf etwas gewisses gesezet werden soll. H) Die Theilung gemeinschaftlicher Güter auser der Erbschaft *y*). Selbst bey der noch fortdaurenden Ge-

sellschaft kommen Fälle vor, wobey das richterliche Willkühr den Entscheidungsgrund abgeben muß z). Z. E. wenn die Frage ist, was vor einen Theil ein Gesellschafter am Schaden und Gewinne tragen und bekommen müsse, welcher entweder blose Gesellschaftsarbeit, oder theils diese, theils Geräthschaften und rohen Stoff dazu hergegeben hat. Wenn hingegen blos ungleiche baare Geldsummen zu ungleicher Zeit, oder umgekehrt, hergegeben sind, so entscheidet die Gesellschaftsregud mit mathematischer Gewisheit, und hierbey ist dem richterlichen Willkühr nichts überlassen. J) Die Gränzscheidungssachen sind dem richterlichen Willkühr soweit überlassen, daß derselbe bey sehr unbestimten Gränzen neue nach Gutfinden festsezen kann *aa*). K) Bey der Vormundschaft *bb*) hat der Richter sowohl in Ansehung der Bestätigung der testamentarischen, als auch bey der Wahl eines anderen Vormundes, bey der Bestimmung des Unterhalts und Erziehung der Kinder, bey der Verwaltung des Vermögens, soweit selbige an ihn gelanget, bey Abnahme der Rechnung ein sehr weit gehendes Willkühr, weil dabey überaus viel unbestimtes vorkomt, welches einzig durch billiges Ermessen des Richters auf etwas gewisses gestellet werden kann. L) Alle Schadensersezungen *cc*); M) Cautionsgesuche; N) alle Sachen, wobey es hauptsächlich und nicht blos beyläufig auf einen Bestimmungseyd [juram. in litem] ankomt dd). O) Sachen der Früchte, Verbesserungen und Unkosten. P) Pachtgelderlassungen. Q) Bestimmung der Verpflegung, wenn erst die Schuldigkeit zur Verpflegung ausgemacht ist. R) Injuriensachen, es

mag

mag die Beschimpfung zu Gelde angeschlagen, oder auf eine Strafe geklaget seyn. S) Die Bestimmung des Ehrengehalts [honorarium] und Mäklerlohns. T) Bestimmung des Brautschazes, wenn es der Vater hierinn an seiner Schuldigkeit fehlen lässet. U) Die Zurückforderung des Brautschazes ee). X) Alle andere weitläuftige Güterabtretungen, z. E. die Berichtigung einer Erbschaft; Absonderung des Lehns vom Erbe; der Fideicommissgüter von eigenthümlichen Gütern. Y) Alle Ablegung und Rechtfertigung der Rechnungen ff) Z) Alle Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen Man muß sich nur hüten, daß man nicht alle die Klagen gleich zu den willkührlichen rechnet, welche nur alsdenn, wenn der Beklagte dem Urtheile kein Genügen leistet, den Bestimmungseyd zulassen; denn dies geschiehet nur zufälliger Weise, und hat so oft Statt, als der Beklagte den Ungehorsam auf das äuserste treibet, welches den böslichen Vorsaz verräth, auch nicht leicht durch richterliche Gewalt das Urtheil zu seiner Erfüllung gebracht werden kann. So wird die Klage der Ehegatten, wenn einer von des anderen Sachen während der Ehe etwas auf die Seite geschaffet hat [act. rer. amator.], unrecht hierher gerechnet, obgleich, wenn die Sachen durch Ungehorsam nicht wieder herbey geschaffet werden, oder nicht wieder herbey geschaffet werden können, der Bestimmungseyd Statt findet gg). Nachdem bis hierhin gezeiget worden, welches diejenigen Sachen sind, die das richterliche Willkühr zulassen, so ist nun noch zu bestimmen, was die willkührlichen Sachen eigenes an sich haben. 1) In willkührlichen Sachen ist es

nicht nöthig, die Bitte in der Klage auf etwas gewisses zu richten, sondern man kann z. E. bitten: nach untersuchter Sache den Schaden zu bestimmen, und den Bekagten zu dessen Ersezung anzuhalten, weil doch lediglich durch das richterliche Willkühr bestimmet werden muß, wie der Beklagte dem Kläger Genugthuung leisten soll. Es fällt auch bey diesen Klagen, wenn gleich bestimt gebethen worden wäre, die Strafe der übermäsigen Bitte, soweit sie heut zu Tage im Gebrauche ist, hinweg, weil selbige blos bey den auf was gewisses gerichteten Klagen Statt findet. 2) Zu solchen Sachen wurden arbitri ernannt, welche von den pedanischen Richtern unterschieden waren *hh*). Heut zu Tage werden Commissionen erkannt. 3) In Ansehung des Beweises tritt hier das richterliche Willkühr soweit ein, daß der Richter sowohl Schäzer und Kunstverständige zuziehen, als auch den Bestimmungseyd auflegen und den Betrag bestimmen kann, welcher durch den Eyd erhärtet werden soll. Auch wird die Schärfe des Beweises nicht erfordert *ii*). 4) Bey der Entscheidung selbst ist der Richter nicht so, wie bey bestimten Ansprüchen, an die Klage gebunden, sondern er kann nach der Lage der Acten, das heist, nach allen vorkommenden Umständen und nach der Billigkeit [ex arbitrio boni viri] bestimmen, wie die Sache beyzulegen sey *kk*). Nie gehet die richterliche Gewalt so weit, daß er gleichsam Machtsprüche thun, und das erste das beste, so ihm einfällt, wählen kann *ll*).

*a*) Dies zeiget die uns aufbehaltene Formul der Eigenthumsklage: Si paret, eam rem, de qua agi-

agitur, Lucii Titii esse, neque ex tuo arbitrio restituatur, condemna.

*b*) L. 1. D. de in lit. iur. (XII. 3.)

*c*) §. 25. 27. I. de act. L. 14. §. 1. 2. 3. 11. D. quod metus causa (IV. 2.) L. 18. pr. §. 1. D. de dolo malo (IV. 3.) L. penult. D. vi bon. rapt. (XLVII. 8.)

*d*) L. 1. §. 4. L. 5. pr. D. de publican. vect. & comm. (XXXIX. 4.)

*e*) L. 2. C. de nox. act. (III. 41.)

*f*) L. 5. §. 1. D. si quid in fraud. patron. (XXXVIII. 5.)

*g*) L. 10. §. 20. D. L. 25. §. 1. D. quae in fraud. cred.

*h*) L. 45. D. de aedilit. ed. (XXI. 1.)

*i*) L. 4. §. 6. L. 8. pr. L. 10. pr. D. de alienat. iud. mut. caus. fact. (IV. 7.)

**)* L. 7. C. de fideicomm. (VI. 42.)

*k*) CICERO de Off. III. 15. führet diese verschiedene Formuln, die dem pedanischen Richter vorgeschrieben zu werden pflegten, an: a) ex fide bona bey allen act. b. f.; b) melius aequius, bey actionibus arbitrariis; c) vt inter bonos bene agier, welche in fiduciariis negotiis gebräuchlich war.

*l*) L. 5. §. 4. D. de in lit. iur.

*m*) MENOCH de arbitr. iud. quaest. L. 1. Qu. 4.

*n*) L. 3. 9. pr. L. 24. D. de in lit. iur. L. 74. 75. D. de V. O. CICERO pro Rosc. Comoedo c. 4 - 6. iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae. SENECA de benef. L. 3. c. 7.

*o*) L. 3. 5. §. 4. D. de in lit. iur.

*p*) L. 7. §. 8. D. de publ. in rem act. (VI. 2.)

*q*) L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. L. 9. D. ad exhib. (X. 4.) L. 17. D. de int. in I. fac. (XI. 1.) L. 5. 7. C. ad exhib. (III. 42.)

r) §. vlt. I. ſi quadrup. paup. fec. dic. (IV. 9.)

s) L. 7. D. ſi ſeru. vind. L. 16. §. 3. D. de pign. & hypoth. Beyläufig, wenn die verpfändete Sache abhänden gekommen iſt, wird ſie willkührlich nach dem zweyten Begriffe.

t) L. 2. pr. §. 8. L. 3. L. 4. §. 1. L. 10. D. de eo quod certo loco (XIII. 4.)

v) §. 4. I. de off. iud. (IV. 17.) L. 47. pr. L. 52. §. 2. D. fam. herciſc. (X. 1.) L. 1. §. 1. D. de dotis collat. (XXXVII. 7.) L. 18. C. fam. herc. (III. 36.)

x) L. 12. D. ad L. Falcid. (XXXV. 2.)

y) §. 5. I. de off. iud. L. 31. D. de vſ. & vſufr. leg. (XXXIII. 2.)

z) L. 38. D. pro ſocio.

aa) §. 6. I. de off. iud. L. 2. §. 1. L. 3. 7. 8. §. 1. D. fin. reg. (X. 1.) L. 3. C. ibid. (III. 39.)

bb) Daher die Aufſchrift des Titels im Codex: arbitrium tutelae.

cc) L. 3. D. de in lit. iur.

dd) L. 4. §. 1. ll. ſ. L. 5. D. de in lit. iur.

ee) CICER. de off. III. 15. nennet: arbitrium rei vxoriae L. 12. 15. in fin. D. de imp. in res dot. fact. (XXV. 1.)

ff) L. 5. in f. D. de manumiſſ. (XL. 1.) L. 37. D. de fideic. libert. (XLI. 5.) L. 50. D. de cond. & demonſtrat. (XXXV. 1.)

gg) L. 8. §. 1. L. 9. L. 17. §. 1. L. pen. D. rer. amotar. (XXV. 2.)

hh) L. 15. pr. D. de re iud.

ii) MENOCH. de arbitr. iud. quaeſt. L. 1. qu. 24. n. 4.

kk) L. 4. in fin. D. de eo quod certo loco (XIII. 4.) L. 7. D. de bonis damnatorum L. 15. pr. D. ad municip. CICERO de off. III. 17. Q. quidem Scaevola P. M. ſummam vim dicebat eſſe in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona*; fideique

deique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis [dies sind würklich willkührliche Sachen] mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, [dies sind nicht sowohl willkührliche Sachen, als Contracte, wobey es nicht auf strenges Recht, sondern natürliche Billigkeit ankam] quibus vitae societas continetur: in his magni esse iudicis, statuere [praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria] quid quemque cuique praestare oporteret. L. 85. §. 2. de R. I. quotiens aequitate desiderii naturalis ratio, aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.

*ll*) L. 79. D. de iud. L. 4. §. 1. D. fam. erciſc. L. 91. D. de V. O.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Claproth, Justus, 1728-1805

D. Justus Claproths ... Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß
Zum Gebrauche der practischen Vorlesungen

Bd.: 1.

Göttingen (1795)

Regensburg, Staatliche Bibliothek -- 999/Jur.567(1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11100665-8
VD18 12687111-001